

Ungeklärte Fragen der Strafzumessungslehre

von
Hermann Ehrhardt
aus Nürnberg

1965



Digitized by the Internet Archive
in 2026

https://archive.org/details/IA41548813_0002

U n g e k l ä r t e F r a g e n
d e r
S t r a f z u m e s s u n g s l e h r e .

Inaugural - Dissertation
der Juristischen Fakultät
der Friedrich-Alexander-Universität
zu Erlangen - Nürnberg

vorgelegt von
Hermann Ehrhardt
aus Nürnberg



Referent: Professor Dr.H.J.Bruns

Tag der mündlichen Prüfung: 25.Februar 1965



I N H A L T S Ü B E R S I C H T

Seite

E I N L E I T U N G :

- | | |
|---|----|
| I. Die neueren Bemühungen um eine Vertiefung der Strafzumessungslehre. | 1 |
| II. Wichtige, vom Entwurf 1962 als geklärt erachtete Fragen der Strafzumessung. | 4 |
| III. Wichtige, ungeklärte Fragen der Strafzumessungslehre. | 15 |

H A U P T T E I L :

- | | |
|---|----|
| § 1: <u>"Die Schuld als Grundlage der Strafe" (§ 60 Abs. 1 Entwurf 1962)</u> | |
| - <u>Ein Überblick über die Beratungen der Großen Strafrechtskommission zur Frage des Strafzwecks.-</u> | 25 |
| I. Die Gutachten der Strafrechtslehrer. | 27 |
| 1. Das Gutachten M e z g e r s . | 27 |
| 2. Das Gutachten E b . S c h m i d t s . | 29 |

II. §3 des vorläufigen Entwurfs: Die Schuld als Rahmen.	30
1. Die Entstehung des § 3.	30
2. Die Einwände gegen die Rahmenformulierung.	32
III. §2 S.2 des Entwurfs 1958: Das Schuldüberschreitungsverbot.	36
1. Die Entstehung des §2 S.2 des Entwurfs 1958.	36
2. Die Einwände gegen das Schuldüberschreitungsverbot.	41
IV. §60 I des Entwurfs 1962: Die Schuld als Grundlage der Strafe.	49
1. Die Entstehung des § 60 I.	49
2. Ergebnis.	51
§ 2: <u>Die Spielraumtheorie.</u>	56
I. Begriff und Zweck der Spielraumtheorie.	56
1. Die Rechtsprechung.	56
2. Das Schrifttum.	62
II. Die philosophische Begründung der Spielraumtheorie.	66
III. Die Einwände gegen die Spielraumtheorie	68

	Seite
1. Die gerechte Schuldstrafe als Punkt.	68
2. Die Unvereinbarkeit des Rahmengedankens mit der im Einzelfall verhängten bestimmten Strafe.	70
3. Die Grenzen des Spielraums.	71
4. Praktische Bedenken gegen die Spielraumtheorie.	73
IV. Ergebnis.	75
§ 3: <u>Das Verbot der Doppelverwertung von Tatbestandsmerkmalen.</u>	77
I. Entwicklungsgeschichte.	78
II. Die Begründung des Verbots der Doppelverwertung von Tatbestandsmerkmalen.	80
1. Die Unterscheidung zwischen individuellen und generellen Merkmalen.	80
2. Das Verbot der Verwertung des jeweiligen Zwecks der Vorschrift.	86
III. Die "Soweit-Formulierung" des § 60 II 1 des Entwurfs 1962.	91
1. Gradabstufungen.	91
2. Phrasenhafte Wendungen.	95

	Seite
3. Die "elastische Handhabung" des Verbots.	97
4. Ungleichwertige Tatbestandsalternativen.	100
5. Häufung von Tatmodalitäten.	101
 IV. Ausdehnung des Verbots der Doppelverwertung von Tatbestandsmerkmalen?	 102
1. Der Versuch.	104
a) Die Strafmilderung beim Versuch.	104
b) Das Verbot der Doppelverwertung im Bereich des Versuchs.	107
2. Die erheblich verminderte Zurechnungsfähigkeit.	110
3. Die mildernden Umstände.	112
4. Die besonders schweren Fälle.	115
 § 4: <u>Die Lebensführungsschuld.</u>	 117
 I. Begriff und Zweck der Lebensführungsschuld.	 119
II. Anwendung der Lebensführungsschuld im Bereich der Strafzumessung?	124
III. Einwände gegen die Lebensführungsschuld.	128
1. Die Schwierigkeit der Ermittlung der Le- bensführungsschuld in der Hauptverhandlung.	128
2. Die Unmöglichkeit der Trennung von Schuld und Schicksal.	130

3. Die Lebensführungsschuld als untauglicher Maßstab für die Bestimmung der Strafhöhe.	133
§ 5: <u>Die Bedeutung der kriminologischen Typenbildung für die Strafzumessung.</u>	135
I. Erforschung der Täterpersönlichkeit mit Hilfe kriminologischer Tätertypen?	135
II. Die Beurteilung der wichtigsten Tätertypen hinsichtlich ihrer Brauchbarkeit für die Strafzumessung.	139
1. Die Tätertypen S e e l i g s .	139
2. Die Tätertypen S a u e r s .	144
3. Die Tätertypen M e z g e r s .	147
4. Tätertypen, die mit der Einteilung M e z g e r s vergleichbar sind.	150
III. Die Notwendigkeit der Bildung denkbarer Fallgestaltungen bei den e i n z e l n e n Tatbeständen.	153
§ 6: <u>"Das Motiv entlastet, der Charakter belastet".</u>	158
I. Die Formel und ihre Begründung.	160
II. Einwände gegen die Formel.	163
1. Keine starre Relation zwischen dem Intensitätsgrad des Motivs und dem des Charakters.	163
2. Motiv und Charakter bedingen sich gegenseitig.	165

3. Gleiche Stärke, aber verschiedene Berechtigung des Motivs.	168
4. Unvollkommene Feststellung des Charakters.	170
5. Spezialpräventive Auswirkungen der Formel.	171
III. Abwandlungen der M . E . M a y e r - Formel.	173
1. "Das Motiv belastet, der Charakter entlastet".	173
2. "Äußere Umstände entlasten, der Charakter belastet."	174
3. Die Abwandlung durch E n g i s c h .	176
§ 7: <u>Die Lehre von der Persönlichkeitsadäquanz.</u>	178
I. Begriff und Querverbindungen zur M . E . M a y e r - Formel.	178
II. Argumente für die Adäquanztheorie.	182
1. Frühere Reformbestrebungen.	182
2. Das geltende Recht.	183
III. Einwände gegen die Adäquanztheorie.	184
1. J e d e Handlung ist persönlichkeitsadäquat.	184
2. Die Unhaltbarkeit der Adäquanztheorie bei gewissen Tätern.	188
a) Der Geisteskranke und der vermindert Zu-	
rechnungsfähige.	188
b) Der Überzeugungstäter.	191
3. Die Starrheit der Formel.	199

L i t e r a t u r v e r z e i c h n i s

Allfeld, Philipp	Lehrbuch des Deutschen Strafrechts, Allg. Teil, 9. Auflage, Leipzig 1934
Arndt, Adolf	Das Strafmaß, SJZ 1946, 30
" "	Umwelt und Recht - Sprache und Recht, NJW 1961, 1200
Aschaffenburg	Kriminalanthropologie und Kriminalbiologie, in: Handwörterbuch der Kriminologie, Bd. I, Berlin 1933, S. 825ff
Bader, Karl	Stand und Aufgaben der Kriminologie, JZ 1952, 16
Baumann, Jürgen	Strafrecht, Allg. Teil, 3. Aufl., Bielefeld 1964
" "	Grundbegriffe und System des Strafrechts, Stuttgart 1962
" "	Schuld und Verantwortung, JZ 1962, 41
" "	Das Verhalten des Täters nach der Tat, NJW 1962, 1793
" "	Zum Entwurf eines StGB, MDR 1963, 802
Beling	Anmerkung zu RG JW 1924, 1721
Berner, Albrecht	Lehrbuch des Deutschen Strafrechts, 18. Aufl., Leipzig 1898
Birnbaum, Karl	Kriminalpsychopathologie und psychobiologische Verbrechenskunde, 2. Aufl., Berlin 1931
Bockelmann, Paul	Studien zum Täterstrafrecht, Teil II 1940; zit: Stud II
" "	Wie würde sich ein konsequentes Täterstrafrecht auf ein neues StGB auswirken? in: Materialien zur Strafrechtsreform, Bd. I, S. 29
" "	Schuld und Sühne, Göttinger Universitätsreden, Heft 19, Stuttgart 1958
" "	Der Tätergedanke im Strafrecht ZAkDR 1940, 311

Bohne		SJZ 1950,863 (Literaturbesprechung)
Börker		Die Milderung der Strafe für den Versuch, JZ 56,477
Brauneck, Anne-Eva		Zum Schuldstrafrecht des neuesten Entwurfs eines Strafgesetzbuchs, MSchrKr 1958,129
Bruns, Hans-Jürgen		Zum gegenwärtigen Stand der Strafzumessungslehre, NJW 1956, 241
"	"	Der Verbrecher im heutigen Strafrecht, in: Schuld und Sühne - 13 Vorträge über den deutschen Strafprozeß, 1960, S.14ff
"	"	Die "Generalprävention" als Zweck und Zumessungsgrund der Strafe? Eine Analyse der Rechtsprechung. In: Festschrift für H.v.Weber, Bonn 1963, S.75ff
Busch, Richard		Die Kontrolle der Ermessensfreiheit des Richters bei der Festsetzung von Strafen und sichernden Maßregeln, ZStW Sonderheft 1957, S.101
Dahm, Georg		Der Tätertyp im Strafrecht, Leipzig 1940
Graf zu Dohna, Alexander		Ein neuer Grundriß des Strafrechts, ZStW 60,287
"	"	Ein unausrottbares Mißverständnis, ZStW 66,505
Dreher, Eduard		Über die gerechte Strafe, Heidelberg 1947
"	"	Bericht über die erste Arbeitstagung der Großen Strafrechtskommission, ZStW 66,568
"	"	Was bedeutet Milderung der Strafe für den Versuch? JZ 1956,682
"	"	Doppelverwertung von Strafzumessungsumständen, JZ 57,155
"	"	in: Dreher-Maaßen, Hermann, Strafgesetzbuch mit Erläuterungen, 3.Aufl., Berlin 1959, zit: Dreher-Maaßen

Dreher, Eduard	in: Schwarz-Dreher, Kommentar zum Strafgesetzbuch, 25. Aufl. München 1963 zit: Schwarz-Dreher
Drost, Heinrich	Das Ermessen des Strafrichters, Berlin 1930
" "	Das Ermessen des Strafrichters als Problem der Strafrechtsreform, NJW 55, 1255
Engisch, Karl	Zur Idee der Täterschuld, ZStW 61, 166
" "	Bietet die Entwicklung der dogmatischen Strafrechtswissenschaft seit 1930 Veranlassung, in der Reform des Allgemeinen Teils des Strafrechts neue Wege zu gehen? ZStW 66, 339
Exner, Franz	Studien über die Strafzumessungspraxis der deutschen Gerichte, 1931
" "	Die psychologische Einteilung der Verbrecher, SchwZf StrR Bd. 38, 1
" "	Die Gerechtigkeit im Strafmaß, 1920; zit: Gerechtigkeit
" "	Kriminalbiologie, Hamburg 1944, zit: KrimBiol
" "	Kriminologie, 1949
Foerster	Schuld und Sühne, 1911
Friedrich, Julius	Die Bestrafung der Motive und die Motive der Bestrafung, Berlin 1910
Fränkel	LM 8 zu § 44 StGB - Anmerkung zu BGH NJW 62, 355
Gallas, Wilhelm	Kriminalpolitik und Strafrechtssystematik, Berlin 1931
" "	Pflichtenkollision als Schuld-ausschließungsgrund, in: Festschrift für Mezger, 1954, S. 311

Gleispach	Die Bemessung der Strafe nach dem deutschen Strafgesetzentwurf, in ARWP XXI (1927/28), 184
Graßberger, Roland	Die Strafzumessung, Wien 1932
Gruhle, Hans	Kriminalpsychologie, in: Handwörterbuch der Kriminologie, Bd. I 1933, S. 907ff
Grünhut, Max	Gefährlichkeit als Schuldmoment, in: Festgabe zum 60. Geburtstag von G. Aschaffenburg, S. 87ff; zit: Gefährlichkeit
" "	Rechtsvergleichende Bemerkungen zum deutschen Strafgesetzentwurf, ZStW 71, 521
Grünwald, Gerald	Tatrichterliches Ermessen bei der Strafzumessung, MDR 59, 713 u. 808
" "	Zur Ankündigung von Strafmilderung für den Fall eines Geständnisses, NJW 60, 1941
Haftner, Ernst	Lehrbuch des Schweizerischen Strafrechts, Allg. Teil, 2. Aufl. Bern 1946
Hall, Alfred	Die Freiheitsstrafe als kriminalpolitisches Problem, ZStW 66, 77
" "	Sicherungsverwahrung und Sicherungsstrafe, ZStW 70, 41
Hardwig, Werner	Die Gesinnungsmerkmale im Strafrecht, ZStW 68, 14
" "	Tat- und Täterstrafrecht im Lichte der Strafrechtsreform MSchrKr 1959, 1
Hartung	NJW 51, 640 (Literaturbericht)
Heinitz, Ernst	Der Strafzweck bei der richterlichen Strafzumessung mit besonderer Berücksichtigung der deutschen Entwürfe, ARWP XXII, 259
" "	Strafzumessung und Persönlichkeit, ZStW 63, 57

Heinitz, Ernst	Der Ausbau des Strafsystems, ZStW 65,26
" "	Der Entwurf des Allgemeinen Teils des Strafgesetzbuches vom kriminalpolitischen Standpunkt aus, ZStW 70,1
" "	Die Individualisierung der Strafen und Maßnahmen in der Reform des Strafrechts und Strafprozesses, Berlin 1960 zit: Individualisierung
Hellmer Joachim	Hangtäterschaft und Berufs- verbrechertum, ZStW 73,441
v.Hippel, Robert	Deutsches Strafrecht I, 1925
Hülle, Werner	Anleitung zur Bemessung zei- tiger Freiheitsstrafen, DRiZ 1951,4 und 35
Jagusch, Heinrich	in: Leipziger Kommentar, 8. Aufl., 1. Band, Berlin 1957, zit: Jagusch LK
" "	LM 14/§ 358 StPO - Anmerkung zu BGH 7,86
" "	LM 10/§ 44 StGB - Anmerkung zu BGH 17,266
Jescheck, Hans-Heinrich	GA 1956,97 u. GA 1958,1 - Die Rechtsprechung des Bundesge- richtshofs in Strafsachen (Bd. 6-9)
" "	Das Menschenbild unserer Zeit und die Strafrechtsreform, Tübingen 1957, zit: Menschenbild
Kalsbach, Werner	Referat auf dem 41. DJT zu dem Thema: In welcher Weise empfiehlt es sich, die Grenzen des straf- richterlichen Ermessens im künftigen Strafgesetzbuch zu regeln? In: Verhandlungen des 41. DJT, Bd. II
Koffka, Else	Welche Strafzumessungsregeln ergeben sich aus dem geltenden Strafgesetzbuch? JR 55,322

Kohlrausch, Eduard		Sollen und Können als Grundlagen der strafrechtlichen Zurechnung, in: Festgabe für Karl Güterbock, Berlin 1910, S. 1 ; zit: Sollen und Können
"	"	Strafgesetzbuch mit Erläuterungen und Nebengesetzen, 43. Aufl., neubearb. von Richard Lange, Berlin 1961 zit: Kohlrausch-Lange
Kaufmann, Arthur		Das Unrechtsbewußtsein in der Schuldlehre des Strafrechts, Mainz 1950
"	"	Das Schuldprinzip, Heidelberg 1961
Klee		DStrR 1940, 205 - Literaturbericht
Kleinknecht, Theodor		in: Kleinknecht-Müller, Kommentar zur Strafprozeßordnung und zum Gerichtsverfassungsgesetz, 4. Aufl., Darmstadt 1958 zit: Kleinknecht KM
Köhler, August		Die Schuld als Grundlage des Strafrechts, GS 95, 433 u. 96, 91
Krille, Herbert		Die Kontrolle der Ermessensfreiheit des Richters bei der Festsetzung von Strafen und sichernden Maßnahmen, ZStW Sonderheft 1957, 117
Krumme, Elisabeth		Ermessensfreiheit oder gesetzliche Bindung des Richters bei der Verhängung der Strafe und sonstigen Unrechtsfolgen, DRiZ 55, 208
Kroschel - Doerner		Die Abfassung der Urteile in Strafsachen, 19. Aufl., Berlin 1960, neubearbeitet von Karl Doerner
Lang, Dietrich		Die Strafzumessung, Diss. 1927
Lang-Hinrichsen, Dietrich		Zur Frage des Unrechtsbewußtseins, ZStW 63, 332
"	"	Zur Krise des Schuldgedankens im Strafrecht, ZStW 73, 210

Lang-Hinrichsen, Dietrich		Die kriminalpolitischen Aufgaben der Strafrechtsreform. Gutachten für den 43.D.J.T. In: Verhandlungen des 43.DJT Bd.I; zit: Gutachten
"	"	Betrachtungen zur Strafrechtsreform, in: Grundfragen der Strafrechtsreform, S.53 zit: Grundfragen
Lange, Richard		Die Systematik der Strafdrohungen, in: Materialien zur Strafrechtsreform, Bd.I
"	"	Täterschuld und Todesstrafe, ZStW 62, 175
"	"	Grundfragen der deutschen Strafrechtsreform, SchwZfStrR 70, 373
"	"	Kohlrausch-Lange aaO
Leferenz, Heinz		Der Entwurf des Allgemeinen Teils eines Strafgesetzbuchs in kriminologischer Sicht, ZStW 70, 25
Lenz, Adolf		Die biologische Vertiefung des Schuldproblems, SchwZfStrR 41, 165
v.Lilienthal, Karl		Der Zweck als Strafe und Schuldmoment, ZStW 20, 440
v.Liszt, Franz		Die deterministischen Gegner der Zweckstrafe, in: Strafrechtliche Aufsätze und Vorträge, Bd.II, 1905, S.25
"	"	in: v.Liszt-Schmidt, Lehrbuch des Deutschen Strafrechts, 26. Aufl., Berlin 1932, neubearbeitet von Eb.Schmidt
Mannheim, Hermann		Betrachtungen zum Entwurf des Allgemeinen Teils eines Strafgesetzbuchs, ZStW 71, 181
Maurach, Reinhart		Strafrecht, Allg. Teil, 2. Aufl. München 1958

Maurach,	Reinhart	Die kriminalpolitischen Aufgaben der Strafrechtsreform. Gutachten für den 43.D.J.T. In:Verhandlungen des 43.DJT, Bd.I,1960 zit:Gutachten
"	"	Vom Wesen und Zweck der Strafe in:Schuld und Sühne,München 1960,S.26
"	"	Schuld und Strafe,in:Die Frage der Todesstrafe,München 1962, S.9
Maurer		Die Strafzumessung im schweizerischen Strafgesetzbuch, Diss.Zürich 1945
Mayer,	Hellmuth	Lehrbuch des Strafrechts, Allg.Teil,Stuttgart 1953
"	"	Strafrechtsreform für heute und morgen,1962
Mayer,	Max Ernst	Die schuldhaftige Handlung und ihre Arten im Strafrecht, Leipzig 1901 zit:Schuldhaftige Handlung
"	"	Der allgemeine Teil des Deutschen Strafrechts,2.Aufl. Heidelberg,1923;zit:AT
Merkel	Adolf	Die Lehre vom Verbrechen und Strafe,herausgegeben und mit einer Einleitung versehen von M.Liepmann,Stuttgart 1912 zit:Merkel-Liepmann
Mezger,	Edmund	Soll sich das neue Strafgesetzbuch zu bestimmten Strafen bekennen und welche Auswirkungen ergeben sich daraus,insbesondere für die Strafzumessung? Referat vor der Großen Strafrechtskommission,in:Niederschriften über die Sitzungen der Großen Strafrechtskommission,Bd.I
"	"	Strafzwecke und Strafzumessungsregeln,in:Materialien zur Strafrechtsreform,Bd.I

Mezger,	Edmund	Strafrecht, Ein Lehrbuch, 3. Aufl. 1949, zit: Mezger Lb
"	"	Kriminologie, München 1951
"	"	in: Leipziger Kommentar, 8. Aufl. Berlin 1957 zit: Mezger LK
"	"	Das Typenproblem in Kriminologie und Strafrecht, in: Sitzungsbe- richte der Bayerischen Akademie der Wissenschaften; Philosophisch- historische Klasse, Jahrgang 1955, Heft 4, München 1955 zit: Typenproblem
"	"	Kriminologische Grundlagen von Strafe und Sicherung im Strafrecht Gesetzentwurf 1927, ZStW 49, 171
"	"	Die Straftat als Ganzes, ZStW 57, 675
"	"	Tat- und Täterstrafe, insbesondere im Kriegsstrafrecht, ZStW 60, 353
"	"	Persönlichkeit und strafrecht- liche Zurechnung, München 1926
"	"	Die Bedeutung der biologischen Persönlichkeitstypen für die Straf- rechtspflege, in: Mitteilungen der Kriminalbiologischen Gesellschaft Bd. II (1928), S. 22 zit: Mitteilungen
"	"	Zurechnungsfähigkeit, in: Festgabe für Frank, Bd. I (1930), S. 519
"	"	Moderne Wege der Strafrechtsdog- matik, Berlin 1950, zit: Moderne Wege
"	"	Kriegsstrafrecht und Kriegsstra- fverfahrensrecht, ZAkDR 1940, 59
"	"	Kriminelle Typen, in: Festschrift für Kurt Schneider, 1947, S. 208ff
"	"	Schuld und Persönlichkeit, Mar- burg 1932
"	"	Deutsches Strafrecht, Ein Grund- riß, 2. Aufl. 1941

Mezger - Blei	Strafrecht, Allg. Teil, Ein Studienbuch, neubearbeitet von Hermann Blei, München 1963
Mischke, Monika	Hochverrat und Staatsgefährdung in der Rechtsprechung des BGH, Diss. Bonn 1962
Mittermaier, Wolfgang	Aus der Lehre der Zurechnungsfähigkeit, in: Festgabe zum 60. Geburtstag von G. Aschaffenburg, S. 39
Nagler, Johannes	Leipziger Kommentar, 6. Aufl., 1944 zit: Nagler LK
"	"
"	"
Nüse	JR 50, 127 und 763 - Literaturbericht
Peters, Karl	In welcher Weise empfiehlt es sich, die Grenzen des strafrichterlichen Ermessens im künftigen Strafbuch zu regeln? In: Verhandlungen des 41. D. J. T., Bd. I zit: Ermessensfreiheit
"	"
"	"
"	"
"	"
Pohle, Rudolf	Kriminalpädagogik, 1960
	Revision und neues Strafrecht, Leipzig 1930

Radbruch, Gustav	Der Überzeugungsverbrecher, ZStW 44,34
Radbruch - Zweigert	Einführung in die Rechtswissenschaft
Rahn , H.G.	Neue Gesichtspunkte zur Schuldlehre,SJZ 47,534
" "	Über die Heilerziehung der Strafgefangenen,JZ 54,316
Sarstedt, Werner	Die Kontrolle der Ermessensfreiheit des Richters bei der Festsetzung von Strafen und sichernden Maßregeln,ZStW Sonderheft 1957,133
" "	In welcher Weise empfiehlt es sich, die Grenzen des strafrichterlichen Ermessens im künftigen Strafgesetzbuch zu regeln? Referat auf dem 41.D.J.T.In:Verhandlungen des 41.DJT,Bd.II
" "	Die Revision in Strafsachen,4. Auflage,Essen 1962
Sauer, Wilhelm	Grundlagen des Strafrechts,Berlin 1921, zit:Grundlagen
" "	Strafbemessung und Persönlichkeit, ZStW 59,679
" "	Kriminalsoziologie,Berlin 1933 zit:KrimSoz
" "	Kriminologie,Berlin 1950
" "	Allgemeine Strafrechtslehre,3. Aufl.,Berlin 1955, zit:Sauer AT
" "	System des Strafrechts,Besonderer Teil,Berlin 1954, zit:Sauer BT
" "	Probleme der richterlichen Strafzumessung,GA 1957,129
" "	Über den Einfluß der Kriminologie auf die Strafrechtsreform,MSchrKr 1957,105
" "	JR 51,695 - Literaturbesprechung

Sax,	Walter	Dogmatische Streifzüge durch den Entwurf des Allgemeinen Teils eines Strafgesetzbuches nach den Beschlüssen der Großen Strafrechtskommission, ZStW 69, 412
"	"	Kriminalpolitik und Strafrechtsreform, JZ 57, 1
"	"	Grundsätze der Strafrechtspflege, in: Die Grundrechte, 3. Band/2. Halbband: Rechtspflege und Grundrechtsschutz, Berlin 1959, S. 909ff
Schleutker,	Freya	Das prozessuale Verhalten des Angeklagten als Strafzumessungsgrund, Diss. München 1960
Schmidhäuser,	Eberhard	Gesinnungsmerkmale im Strafrecht, Tübingen 1958 zit: Gesinnungsmerkmale
"	"	Vom Sinn der Strafe, Göttingen 1963
Schmidt,	Eberhard	Probleme des staatlichen Strafens in der Gegenwart, SJZ 46, 204
"	"	Strafzweck und Strafzumessung in einem künftigen Strafgesetzbuch, in: Materialien zur Strafrechtsreform, Bd. I
"	"	Franz von Liszt zum Gedächtnis, ZStW 63, 269
"	"	Kriminalpolitische und strafrechtsdogmatische Probleme in der deutschen Strafrechtsreform, ZStW 69, 359
"	"	Franz von Liszt und die heutige Problematik des Strafrechts, in: Festschrift für Julius v. Gierke, Berlin 1950, S. 210
"	"	Lehrkommentar zur Strafprozeßordnung und zum Gerichtsverfassungsgesetz, Teil II, Göttingen 1957
Schmidt,	Martin	Recht zur Lüge? JZ 58, 69
Schneidewin		JZ 55, 505 - Anmerkung zu BGH 7, 28

Schröder, Horst		In welcher Weise empfiehlt es sich, die Grenzen des strafrechtlichen Ermessens im künftigen Strafgesetzbuch zu regeln? Gutachten für den 41.D.J.T., in: Verhandlungen des 41.DJT, Bd. I S. 57ff, zit: Gutachten
"	"	Die kriminalpolitischen Aufgaben der Strafrechtsreform, Referat, in: Verhandlungen des 43.DJT, Bd. II, 1962
"	"	Kommentar zum Strafgesetzbuch, begründet von Adolf Schönke, fortgeführt von H. Schröder, 11. Aufl., München 1963 zit: Schröder
Schwalm, Georg		Kriminalpolitik und Strafgesetzentwurf 1960, DRiZ 60, 277
"	"	Der Stand der Strafrechtsreform, MDR 59, 797
"	"	Heimtücke und achtenswerter Beweggrund, MDR 57, 260
Seelig, Ernst		Willensfreiheit und strafrechtliche Verantwortung, MSchrKrPsych 16, 1ff
"	"	Grundsätzliches zur Strafbemessung nach dem Entwurf 1925, MSchrKrPsych 18, 237
"	"	Persönlichkeit und Verantwortung, MSchrKrPsych 27, 34
"	"	ZStW 63, 363 und ZStW 66, 286 - Literaturbesprechung.
Seelig - Weindler		Die Typen der Kriminellen, Berlin 1949
Seelig - Bellavici		Lehrbuch der Kriminologie, 3. Aufl., Darmstadt 1963
Seibert, Claus		Fehler bei der Strafzumessung, MDR 52, 457 und MDR 59, 258
"	"	Soldatische Führung und Strafzumessung, NJW 60, 473
"	"	JZ 54, 651 - Literaturbesprechung

Spendel,	Günter	Die Lehre vom Strafmaß, Frankfurt, 1954, zit: Strafmaß
"	"	Grundfragen jeder Strafrechtsreform, in: Festschrift für Th. Rittler, Aalen 1957, S. 39
"	"	§ 51 II StGB und das Problem der Strafzumessung, NJW 56, 775
"	"	Die Begründung des richterlichen Strafmaßes, NJW 64, 1758
Stree,		Deliktsfolgen und Grundgesetz, 1960
Stratenwerth, Günter		Die fakultative Strafmilderung beim Versuch, in: Festgabe zum Schweizerischen Juristentag 1963, Basel 1963, S. 247
Sturm,	Friedrich	Eine Wissenschaft vom Strafmaß, MSchrKrPsych 11, 77
"	"	Zur Lehre vom Strafmaß, ZStW 34, 64
Terstegen		Steuerstrafrecht, Köln 1956
Warda,	Günter	Die dogmatischen Grundlagen des richterlichen Ermessens im Strafrecht, Köln 1962
v. Weber,	Hellmuth	Zur Revisibilität der Strafzumessung, MDR 49, 389
"	"	Die richterliche Strafzumessung, Karlsruhe 1956, zit: Strafzumessung
Welzel,	Hans	Persönlichkeit und Schuld, ZStW 60, 428
Wimmer,	August	Gerechtigkeit und Humanität im Strafrecht, JR 47, 97 und 136
"	"	Bemerkungen zur Revisibilität der Strafzumessung, NJW 48, 315
"	"	Die Strafzumessungstatsachen im Prozeß, NJW 48, 126
"	"	Strafgrenzen und Revisibilität, SJZ 48, 67
"	"	Die rechtlichen Einschränkungen der Strafermessensfreiheit, DRZ 50, 268

Wolf, Erik

Verbrecher aus Überzeugung,
1927

Zimmerl, Leopold

Aufbau des Strafrechtssystems,
Tübingen 1930

Anmerkung:

Einmalig zitierte Werke sind hier in der Regel nicht aufgeführt.

V e r z e i c h n i s d e r A b k ü r z u n g e n :

AT	Allgemeiner Teil
ARSP	Archiv für Rechts- und Sozialphilosophie
ARWP	Archiv für Rechts- und Wirtschaftsphilosophie
BayObLG	Bayerisches Oberstes Landesgericht
BayZ	Zeitschrift für Rechtspflege in Bayern
BGH	Entscheidungen des Bundesgerichtshofs in Strafsachen (zit.nach Band und Seite)
BrZ	Britische Zone
DAR	Deutsches Autorecht
DJ	Deutsche Justiz
D.J.T.	Deutscher Juristentag
DJZ	Deutsche Juristenzeitung
DR	Deutsches Recht
DRiZ	Deutsche Richterzeitung
DRZ	Deutsche Rechtszeitschrift
DStrR	Deutsches Strafrecht
E	Entwurf (jeweils mit Angabe des Jahres)
FamRZ	Ehe und Familie, Zeitschrift für das gesamte Familienrecht
GA	Goltdammers Archiv
GS	Der Gerichtssaal
GVBl	Gesetz- und Verordnungsblatt
HESr	Höchststrichterliche Entscheidungen in Strafsachen
HRR	Höchststrichterliche Rechtsprechung
HuSt	Hochverrat und Staatsgefährdung - Urteile des BGH -
HWK	Handwörterbuch der Kriminologie
IKV	Internationale Kriminalistische Vereinigung
JFG Erg	Entscheidungen des Kammergerichts und des Oberlandesgerichts München in Kosten, Straf-, Miet- und Pachtschutzsachen
JMBI	Justizministerialblatt
JR	Juristische Rundschau
JW	Juristische Wochenschrift
JZ	Juristenzeitung

KG	Kammergericht
Lb	Lehrbuch
LK	Leipziger Kommentar
LM	Lindenmaier - Möhring, Nachschlagewerk der Entscheidungen des Bundesgerichtshofs
LZ	Leipziger Zeitschrift
Mat	Materialien zur Strafrechtsreform
MDR	Monatsschrift für Deutsches Recht
MSchrKrBiol	Monatsschrift für Kriminalbiologie und Strafrechtsreform
MSchrKrPsych	Monatsschrift für Kriminalpsychologie und Strafrechtsreform
MSchrKr	Monatsschrift für Kriminologie und Strafrechtsreform
NdsRpfl	Niedersächsische Rechtspflege
NJW	Neue Juristische Wochenschrift
NP	Neue Polizei
NZWehrr	Neue Zeitschrift für das Wehrrecht
OGH	Entscheidungen des Obersten Gerichtshofes für die Britische Zone in Strafsachen (zit.nach Band und Seite)
OLG	Oberlandesgericht
PGO	Peinliche Gerichtsordnung Kaiser Karls V.
Prot	Protokolle = Niederschriften über die Sitzungen der Großen Strafrechtskommission
RG	Entscheidungen des Reichsgerichts in Strafsachen (zit.nach Band und Seite)
RMG	Entscheidungen des Reichsmilitärgerichts
SchlHA	Schleswig-Holsteinische Anzeigen
SchwZfStrR	Schweizerische Zeitschrift für Strafrecht
SeuffBl	Seufferts Blätter
SJZ	Süddeutsche Juristenzeitung
VDA	Vergleichende Darstellung des deutschen und ausländischen Strafrechts
VRS	Verkehrsrechts-Sammlung
ZakDR	Zeitschrift für die Akademie für Deutsches Recht
ZBJV	Zeitschrift des Bernischen Juristenvereins
ZStW	Zeitschrift für die gesamte Strafrechtswissenschaft

E I N L E I T U N G

I. Die neueren Bemühungen um eine Vertiefung der Strafzumessungslehre.

Lange Zeit hindurch erfuhr die Lehre von der Strafzumessung eine derartige Vernachlässigung, daß man nicht zu Unrecht von ihr als einem "Stiefkind des Strafrechts" ¹⁾ sprechen konnte. Jene Vernachlässigung offenbarte sich bereits im StGB selbst, das in seiner ursprünglichen Gestalt keine, später nur einige dürftige Strafzumessungsbestimmungen in den §§ 27a-c enthielt. Aber auch die Rechtslehre war zurückhaltend in ihren Bemühungen um eine Erforschung der Strafzumessungsprobleme, so daß der vor einem halben Jahrhundert erhobene Vorwurf, eines der bekanntesten Lehrbücher jener Zeit widme der Frage der Strafzumessung nur fünf Zeilen ²⁾, deutlich die damalige Situation charakterisierte. Erst seit etwa 30 Jahren beginnt man, veranlaßt durch die Untersuchungen Exners ³⁾, diesem Bereich der Strafrechtswissenschaft erhöhte Aufmerksamkeit zuzuwenden. Neben Exner treten Drost ⁴⁾, Graßberger ⁵⁾ und nach dem Krieg besonders Dreher ⁶⁾, Spendel ⁷⁾ und H. v. Weber ⁸⁾ durch Monographien zu diesem Thema hervor. Aber auch Lehrbücher und Kommentare zum StGB wen-

1) Maurach AT S. 663.

2) M. E. Mayer AT S. 494 über das v. Liszt'sche Lehrbuch.

3) Exner, Die Gerechtigkeit im Strafmaß, 1920; Studien über die Strafzumessung der deutschen Gerichte, 1931.

4) Das Ermessen des Strafrichters, 1930.

5) Die Strafzumessung, 1932.

6) Über die gerechte Strafe, 1947.

7) Die Lehre vom Strafmaß, 1954.

8) Die richterliche Strafzumessung, 1956.

den sich in steigendem Maße der Strafzumessungslehre zu, so die Lehrbücher von S a u e r ¹⁾ und M a u - r a c h ²⁾, der Leipziger Kommentar in seiner Bearbeitung durch J a g u s c h ³⁾, sowie der Kommentar von S c h ö n k e - S c h r ö d e r ⁴⁾.

Da man allmählich die eminente Bedeutung der Strafzumessungslehre erkennt und sich eingehender mit diesem Problemkreis befaßt, stellen sich auch bald die ersten Erfolge dieser vertieften Bemühungen ein. Insbesondere gelingt es, die Strafzumessung zumindest teilweise aus dem Dunkel des Unbewußten herauszuheben und rational zu erfassen. So bedeutet es zum Beispiel einen wichtigen Schritt auf dem Wege zu einer wissenschaftlichen Erfassung der Strafzumessungslehre, wenn sich schrittweise die auf S p e n d e l ⁵⁾ zurückgehende Einteilung der Strafzumessungsgründe in finale, reale und logische durchsetzt, die sämtlich der revisionsgerichtlichen Nachprüfung unterliegen. ⁶⁾ Dabei versteht man unter den finalen Gründen die mit der verhängten Strafe verfolgten Zwecke, also entweder die Vergeltung, die Spezial- oder die Generalprävention oder eine Kombination von Vergeltung und Prävention. Die realen Strafzumessungsgründe sind gleichbedeutend mit den Strafzumessungstatsachen, also den konkreten Umständen, die bei der Strafzumessung Berücksichtigung finden und von den irrelevanten Tatsachen geschieden werden müssen. Als logischen Strafzumessungsgrund bezeichnet man schließlich diejenige Strafzumessungserwägung, mit der

1) Allgemeine Strafrechtslehre, 1955; System des Strafrechts, Besonderer Teil, 1954.

2) Deutsches Strafrecht, Allgemeiner Teil, 1958.

3) Jagusch LK (8. Aufl.) Vorb. vor § 13; auch als Sonderdruck erschienen.

4) Schröder (11. Aufl.) Vorb. vor § 13.

5) Strafmaß, S. 192f; Rittler-Festschrift, S. 40; NJW 56, 776 und NJW 64, 1759.

6) Spendel, Strafmaß, S. 193 Anm. 2.

die Strafzumessungstatsachen zu dem Strafzweck in die richtige Beziehung gesetzt werden, also die richtige Kombination der finalen und realen Gründe. Diese Einteilung in finale, reale und logische Gründe wird sich bei jeder systematischen Erörterung über Fragen der Strafzumessung wiederfinden und liefert auch die grundlegende Gliederung für die vorliegende Arbeit, in der die wichtigsten Strafzumessungsfragen im Bereich der finalen, realen und logischen Gründe behandelt werden sollen.

Die Bemühungen um eine richtige Erfassung und um eine rationale Begründung der Strafzumessung offenbaren sich aber auch in den verschiedenen Entwürfen zu einem neuen Strafgesetzbuch und haben besonders in § 60 des Entwurfs 1962¹⁾ ihren Niederschlag gefunden. So behandelt § 60 Absatz 1 mit seiner Formulierung

"Grundlage für die Zumessung der Strafe ist die Schuld des Täters"

im wesentlichen die Frage des finalen Strafzumessungsgrundes, wie sich im folgenden noch zeigen wird. Der Wortlaut des Absatz 2 hingegen

"Bei der Zumessung wägt das Gericht die Umstände, die gegen und für den Täter sprechen, gegeneinander ab, soweit sie nicht schon Merkmale des gesetzlichen Tatbestandes sind. Namentlich kommen in Betracht: die Beweggründe und die Ziele des Täters, die Gesinnung, die aus der Tat spricht, und der bei der Tat aufgewendete Wille, das Maß der Pflichtwidrigkeit, die Art der Ausführung und die verschuldeten Auswirkungen der Tat, das Vorleben des Täters, seine persönlichen und wirtschaftlichen Verhältnisse sowie sein Verhalten nach der Tat, besonders sein Bemühen, den Schaden wiedergutzumachen."

weist eindeutig auf die Behandlung der realen

1) Soweit die Bemühungen zu einem neuen Strafgesetzbuch untersucht werden, schließt die vorliegende Arbeit mit dem Stand der Entwicklung im Zeitpunkt der Veröffentlichung des Entwurfs 1962 ab.

Strafzumessungsgründe hin, da er dem Richter vor Augen halten will, welche Umstände bei der Festsetzung der einzelnen Strafe zu berücksichtigen sind. Ausgangspunkt zu den Erörterungen über die Strafzumessungslehre muß daher § 60 E 1962 sein, in dem die Einteilung in finale und reale Strafzumessungsgründe eingehalten ist und der das Fazit aller langjährigen Bemühungen um die Strafzumessung darstellt. Die logischen Strafzumessungsgründe ergeben sich dann aus der richtigen Kombination der finalen und realen Gründe und betreffen die Frage der Bewertung der in § 60 II genannten Strafzumessungstatsachen.

II. Wichtige, vom Entwurf 1962 als geklärt erachtete Fragen der Strafzumessung.

1. Bei einer Betrachtung des Wortlauts und der amtlichen Begründung des § 60 zeigt sich, daß man bei gewissen Fragen zu einer endgültigen Lösung und Entscheidung gekommen ist, während andere Punkte wegen ihrer Problematik und der sich daraus ergebenden unterschiedlichen Ansichten offen bleiben mußten.

Wenn § 60 in Absatz 1 eine Bemessung der Strafe auf der Grundlage der Schuld vorschreibt und in Absatz 2 einen Katalog der zu beachtenden Strafzumessungstatsachen aufstellt, so wird damit für geklärt erachtet, daß es Strafzumessungsregeln gibt und ihre Aufnahme in das zukünftige Gesetz notwendig ist. Damit steht der Entwurf im Gegensatz besonders zu den Auffassungen von P e t e r s ¹⁾ und

1) Peters, Verhandlungen zum 41. DJT, Bd. II, D S. 68f; Peters, Gutachten, S. 28, 32ff.

S a r s t e d t ¹⁾, die stets davor gewarnt haben, Vorschriften über die Strafzwecke und auch allgemeine Strafzumessungsregeln in das Gesetz aufzunehmen. Sie ließen sich dabei im wesentlichen von der Erwägung leiten, daß es sich bei einem Ausspruch über den Sinn und Zweck der Strafe mehr um einen Glaubenssatz handle, der auf unabweisbaren Dingen beruhe und von einem Richter nicht ehrlichen Herzens befolgt werden könne, der von dem Unbeweisbaren eine andere Vorstellung besitze. Auch könne die gesetzliche Fixierung eines Strafzwecks dazu verleiten, rein formal verstanden und angewendet zu werden. Im übrigen sei mit dem einseitigen Abstellen auf einen Strafzweck eine Beschränkung jeder weiteren Entwicklungsmöglichkeit verbunden, wenn sich später eine andere Auffassung über den Zweck der Strafe durchsetze.

Aber auch den Einbau von Strafzumessungstatsachen in das Gesetz lehnen P e t e r s und S a r s t e d t ab, da davon kein wirklicher Wandel in der Strafzumessungspraxis, sondern höchstens Nachteile zu erwarten seien. Einmal würden selbstverständliche und in der Praxis ohnehin zur Anwendung gebrachte Gesichtspunkte niedergelegt, zum anderen seien die Strafzumessungsprobleme schon im Hinblick auf die einzelnen Delikte des Besonderen Teils so vielschichtig, daß eine derart allgemeine Regelung die Problematik bei weitem nicht erschöpfe. Auch könne die Aufzählung der einzelnen Strafzumessungstatsachen zu der Ansicht verführen, als komme es für die Strafzumessung auf eine bloße Summierung dieser realen Strafzumessungsgründe an, während in Wirklichkeit doch eine G e s a m t b e -

1) Sarstedt, Verhandlungen zum 41. DJT, Bd. II, D S. 31, 53; Sarstedt, Revision, S. 264 Anm. 48; Sarstedt, ZStW-Sonderheft 1957, S. 138.
Gegen eine Einführung von gesetzlichen Strafzumessungsvorschriften auch: Niese, Verhandlungen z. 41. DJT, Bd. II, D S. 73f; Schmidt-Leichner, Verhandlungen z. 41. DJT, Bd. II, D S. 73.

b e w e r t u n g von Tat und Täter maßgebend sei.

In den Beratungen der Großen Strafrechtskommission wurden diese Bedenken nicht für durchschlagend angesehen, so daß der Entwurf diese Frage für endgültig entschieden betrachtet. Eine Aufstellung gesetzlicher Bemessungsregeln sei notwendig, um der richterlichen Strafzumessung eine tragfähige Grundlage zu geben, deren Fehlen im geltenden Recht eine bedenkliche Lücke darstelle¹⁾. Was die Frage nach dem Sinn und den Zielen der Strafe betrifft, so handelt es sich dabei schlechthin um eine Kernfrage des Strafrechts. Daher muß man sich zu bestimmten Grundsätzen b e k e n n e n, die deutlich machen, von welchem Geist das neue Strafgesetz erfüllt ist. Nur wenn der Gesetzgeber sich zu diesen Grundfragen nicht ausschweigt, sondern unmißverständlich bestimmt, daß der Hauptzweck der Strafe in der Vergeltung der Schuld des Täters beruht, kann gewissen Tendenzen, die auf eine Überbetonung präventiver Gesichtspunkte hinzielen, wirksam Einhalt geboten werden. Auch die Aufnahme allgemeiner Richtlinien hat der Entwurf aus Zweckmäßigkeitsgründen für erforderlich gehalten. Denn dem Richter soll durch den Hinweis auf die maßgeblichen Gesichtspunkte eine Stütze gegeben werden. Wenn die Zumessung der Strafe auch ein Akt des Ermessens ist und der Strafrichter diese Kunst erst durch lange Übung erwirbt, so können derartige Richtlinien doch dazu dienen, die Grenzen des Ermessens besonders dem jungen Richter deutlich zu machen und eine stärkere Gleichmäßigkeit in der Strafzumessung zu erreichen.

1) Begründung Entwurf 1962 S. 179f.

2. Der Entwurf erachtet jedoch nicht nur die Frage nach der Notwendigkeit, Strafzumessungsregeln ausdrücklich im Gesetz niederzulegen, für endgültig entschieden. Er enthält auch ein Bekenntnis zu den verschiedenen Strafzwecken und zu ihrem gegenseitigen Verhältnis. Der Entwurf erblickt den Sinn der Strafe in dem Ausgleich der Schuld des Täters, in der Bewährung der Rechtsordnung und in der Verhütung künftiger Taten. Damit ist aber nicht gesagt, daß der Richter je nach der Besonderheit des einzelnen Falles entweder eine Sühnstrafe oder eine Präventionsstrafe verhängen kann. Vielmehr geht der Entwurf davon aus, daß stets einem Strafzweck der Vorrang gebührt, während die anderen Zwecke nur als "Nebenstrafzwecke" in Erscheinung treten können. Jene Antinomie der einzelnen Strafzwecke löst der Entwurf zugunsten des Sühngedankens.¹⁾ Er bestimmt in § 60 I: "Grundlage für die Zumessung der Strafe ist die Schuld des Täters". Mag der Wortlaut der Bestimmung auch nicht ausdrücklich auf einen Strafzweck hinweisen, so ist § 60 I doch als Strafzweckvorschrift gedacht, die über das Verhältnis der finalen Strafzumessungsgründe etwas aussagen soll. Besonders sichtbar wird dies bei einem Blick auf einen der Vorläufer des jetzigen § 60 I, nach dem die Strafe der Schuld des Täters gerecht entsprechen sollte und nur in dem durch die Schuld gebildeten Rahmen präventive Zwecke hätten berücksichtigt werden können. Damit waren Umfang und Grenzen der Verwertung der Präventionszwecke eindeutig festgelegt. Ebenso will aber auch § 60 I über das Verhältnis der Strafzwecke etwas aussagen. Der Entwurf sieht den Sinn der Strafe zwar nicht ausschließlich, aber

1) Begründung Entwurf 1962 S. 96f, 181.

doch hauptsächlich in dem **A u s g l e i c h** der Schuld des Täters.¹⁾ Daneben soll die Strafe noch den Zweck verfolgen, künftige Straftaten zu verhüten; dies kann durch die Abschreckung anderer vor der Begehung derartiger Taten, wie auch durch die Wiedereingliederung des Täters in die Gemeinschaft geschehen. Wenn nun § 60 Absatz 1 von der Schuld als **G r u n d l a g e** für die Zumessung der Strafe spricht, so soll damit zum Ausdruck gebracht werden, daß die letztgenannten präventiven Strafzwecke zwar zu einer Erhöhung oder Ermäßigung der schuldangemessenen, gerechten Strafe führen können, daß sich die Strafe jedoch nicht so weit von dem Schuldmaß entfernen darf, daß sie in ihrem Kern keine Schuldstrafe mehr bleibt.²⁾ § 60 I ist demnach als Strafzweckvorschrift aufzufassen, die die Antinomie der Strafzwecke zugunsten des Sühnegedankens entscheiden will. Daran ändert sich auch nichts dadurch, daß § 60 I nur von der **S c h u l d** spricht, die selbst kein Strafzweck ist, sondern ein **B e m e s s u n g s f a k t o r** für die festzusetzende Strafe. Da aber der Maßstab für die Sühnestrafe allein die Schuld des Täters ist, weist auch schon der Wortlaut der Bestimmung darauf hin, daß das zukünftige Gesetz in der gerechten Schuldvergeltung den beherrschenden Strafzweck erblickt.

3. Auf der Schwelle zwischen den finalen und den realen realen Strafzumessungsgründen stößt man auf einen Niederschlag gefunden haben, so stößt man dabei auf einen "vorgelagerten" Problemkreis, nämlich die Abgrenzung der Umstände, die für die Zumessung der Strafe gerade **n i c h t** verwertet werden dürfen. Dazu zählen die Umstände, die be-

1) Begründung E 1962 S. 96, 181.

2) Begründung E 1962 S. 97, 181.

reits Merkmale des gesetzlichen Tatbestandes sind.

Im Entwurf hat das Verbot der Doppelverwertung von Tatbestandsmerkmalen ausdrücklich Anerkennung gefunden, da § 60 II 1 bestimmt, daß das Gericht die gegen und für den Täter sprechenden Umstände abzuwägen habe, soweit sie nicht schon Merkmale des gesetzlichen Tatbestandes seien. Zwar darf nicht verkannt werden, daß das Doppelverwertungsverbot sehr alt ist und zum gesicherten Bestand der Strafrechtswissenschaft gehört, so daß eine gesetzliche Fixierung dieser offenbar ausgetragenen Frage naheliegt. Jedoch wäre die Annahme verfehlt, die Problematik des Verbots erschöpfe sich in der Unzulässigkeit der Berücksichtigung einzelner Tatbestandsmerkmale. Daß etwa bei einer vorsätzlichen oder fahrlässigen Tötung die Vernichtung eines Menschenlebens nicht noch besonders strafscharfend herangezogen werden darf, steht heute außer Streit, auch wenn manchem Gericht aus Unachtsamkeit ein derartiger Fehler noch unterlaufen mag. Einig ist man sich auch darüber, daß Umstände bei der Strafzumessung berücksichtigt werden dürfen, die sich nur als graduelle Abweichungen bei der Verwirklichung der Tatbestandsmerkmale darstellen. So darf das Gericht eine besonders rücksichtslose Art der Tatbegehung sehr wohl strafscharfend verwerten, auch wenn eine rücksichtslose Gesinnung zum Merkmal des Tatbestandes gehört. Der Entwurf will dies durch das Wort "soweit" in § 60 II 1 zum Ausdruck bringen, so daß nur das Tatbestandsmerkmal als solches für die Strafzumessung ausgeschlossen bleibt.¹⁾ Alle diese Fragen sind im wesentlichen geklärt, so daß man sie mit Recht auch gesetzlich niederlegen und verhältnismäßig kurz in der Be-

1) Begründung E 1962 S. 181.

gründung des Entwurfs abhandeln konnte.

Die Problematik des Verbots reicht aber weiter und ist heute in ein völlig neues Stadium getreten. Seit den beachtlichen Darlegungen D r e h e r s ¹⁾ steht im Mittelpunkt der Erörterungen die Frage, ob das Verbot der Doppelverwertung von Tatbestandsmerkmalen auf ein Verbot der Doppelverwertung von strafrahmenbildenden Umständen auszudehnen ist. D r e h e r meint, daß alle Strafumessungsumstände, die zur Bildung eines Strafrahmens führen können, ebenfalls nicht nochmals bei der konkreten Zumessung der Strafe berücksichtigt werden dürften. Heute geht also der Streit darum, ob etwa bei mildernden Umständen, bei einem besonders schweren Fall oder bei dem Versuch einer Straftat die Tatsachen, die bereits die Anwendung des Sonderstrafrahmens veranlaßt haben, nochmals zu der Festsetzung der Strafe innerhalb dieses Rahmens herangezogen werden dürfen. Die Rechtsprechung hat diesen Gedanken zwar abgelehnt, jedoch eingehende Ausführungen dazu unterlassen. ²⁾ Die Literatur steht dem Vorstoß D r e h e r s mißtrauisch und etwas unsicher gegenüber und betont im wesentlichen, daß die Möglichkeit des Verbots der Doppelverwertung von Strafbemessungsumständen noch einer besonders eingehenden Untersuchung bedürfe. ³⁾ Jedoch kann ohne Über-

1) Dreher JZ 57, 156

2) BGH 16, 351 und 17, 266 für den Fall des Versuchs.

3) Fränkel LM 8/§ 44 StGB; Jagusch LM 10/§ 44 StGB; Stratenwerth, Festgabe für den Schweizerischen Juristentag 1963, S. 259 Anm. 44.

treibung behauptet werden, daß die Ausdehnung des Verbots der Doppelverwertung von Tatbestandsmerkmalen gegenwärtig zu den umstrittensten Fragen der Strafzumessungslehre gehört. Wenn daher der Entwurf die Problematik des Verbots offenbar als geklärt ansieht, so ist dies in Wirklichkeit nur in sehr beschränktem Umfang zutreffend.

4. Wenden wir uns nun endgültig dem Bereich der realen Strafzumessungsgründe zu, so können wir der Formulierung des § 60 II 2 entnehmen, daß der Entwurf es für selbstverständlich erachtet, für die Zumessung der Strafe nicht nur Merkmale der Tat, sondern auch des Täters heranzuziehen. Auch sonst gehört es zum fundierten Schatz der Strafzumessungslehre, bei der Bemessung der Strafe die Persönlichkeit des Täters mit in die Waagschale zu werfen, wobei an dieser Stelle noch dahingestellt bleiben kann, in welchem Umfang die Verwertung der Persönlichkeit für zulässig zu erachten ist. Jedenfalls bedeutet es keine Übertreibung, wenn man die Berücksichtigung der Täterpersönlichkeit bei der Straffestsetzung als heute schon fest eingewurzeltes Gewohnheitsrecht bezeichnet ¹⁾. Da auch der Entwurf die Beachtung der Täterkomponenten bei der Strafzumessung fordert, distanziert er sich deutlich von der in der Rechtslehre zuweilen vertretenen Ansicht, daß jede Verknüpfung der Täteridee mit dem Tatprinzip bedenklich sei. Besonders S p e n d e l ²⁾ wendet sich gegen eine Ver-subjektivierung der Tat und eine Einschränkung des Tatprinzips zugunsten des Täterprinzips. So liegt nach seiner Ansicht ein unüberbrückbarer Bruch im Strafrechtssystem vor, wenn man die Tat über das "Ob" der Strafe, die Täterpersönlichkeit über das "Wie" der Strafe entscheiden lasse. - Zu-

1) Besonders deutlich H. Mayer AT S. 263; Maurach AT S. 665; Schmidhäuser, Gesinnungsmerkmale, S. 129;

2) Spendel, Rittler-Festschrift, S. 43; s. a. Georgakis, Geistesgeschichtliche Studien zur Kriminalpolitik und Dogmatik Franz v. Liszts, 1940, S. 59ff; v. Liszt, Aufsätze, II S. 16, 80, 102; Eb. Schmidt ZStW 63, 269; Eb. Schmidt, Festschrift für J. v. Gierke, S. 215ff;

nächst erscheint es auch widerspruchsvoll, für den Grund der Strafe die Tat, für das Maß der Strafe die Persönlichkeit heranzuziehen. Stehen sich aber wirklich hier Gegensätze gegenüber oder handelt es sich nur um überspitzte, etwas polemisch gefärbte Formulierungen, die bei genauerem Hinsehen deutlich an Schärfe verlieren?

Zunächst dürfte jede Diskussion darüber ausgeschlossen sein, daß das objektive Tatgeschehen allein nicht zur Beantwortung der Frage ausreicht, ob eine Strafe verhängt wird. Denn die Tat ist das Werk eines Menschen, die Strafe ist Übelszufügung an einem Menschen. Zur Feststellung, ob eine Tat strafbar ist, müssen derartig viele täterbezogene Komponenten erfüllt sein, daß schon der Ausgangspunkt zumindest ungenau beleuchtet wird, wenn man schlagwortartig das Ob der Bestrafung von der T a t abhängig macht und den Täter als ein aliud, als etwas völlig Fremdes gegenüberstellt. Neben Vorsatz und Fahrlässigkeit, neben subjektiven Rechtfertigungselementen und Schuldaußschließungsgründen, neben der speziell auf den einzelnen Menschen bezogenen Frage der Zurechnungsfähigkeit begegnen uns auch Tatbestände, die auf einen besonderen Täter ausgerichtet sind. Rückfalldelikte, sowie gewerbs- und gewohnheitsmäßig begangene Verbrechen unterscheiden sich nach ihrem bloßen äußeren Erscheinungsbild nicht von anderen Taten, sondern erhalten ihre besondere Prägung erst durch den Täter ¹⁾. Daher wäre es verfehlt, durch die extreme Betonung der Tat als Gegenstück zum Täter den Eindruck zu erwecken, als käme es bei

1) s. etwa: RG 65, 230; 76, 300; BGH NJW 58, 1643 (1645); OLG Kassel MDR 47, 170; Bockelmann Mat I 34f; Engisch ZStW 66, 356; Hardwig MSchrKr 1959, 2; H. Mayer AT 275; Schmidhäuser, Gesinnungsmerkmale, S. 214f; Schröder 40 und 46 vor § 13;

der Frage der Strafbarkeit nur auf das Tatgeschehen an.

Umgekehrt wäre es aber auch verfehlt, den der Tat scheinbar so konträr gegenüberstehenden Begriff der Täterpersönlichkeit ebenfalls im extremen Sinn aufzufassen. Tat und Täter könnte man als wirkliches Gegensatzpaar nur dann bezeichnen, wenn die Tat nur als bloßer Anlaß für die Bestrafung benutzt würde, der entscheidende Strafzumessungsgrund aber die allgemeine rechtsfeindliche und gefährliche Gesinnung des Täters wäre. Kein Widerspruch ist jedoch vorhanden, wenn die subjektive Einstellung des Täters zu seiner Tat zum Maßstab für die Strafe erhoben wird, da es sich hier um die Tatschuld handelt, die ihrer Natur nach in ihrer Größe von der Person des Täters abhängig ist. Da Schuld einen Vorwurf darstellt, den wir gegenüber einem Menschen erheben, richtet sich auch bei der Tatschuld der Umfang des Vorwurfs nach dem jeweiligen Täter. Zwar gestattet die Tat als solche zunächst eine grobe Orientierung, jedoch kann eine Differenzierung innerhalb des gesetzlichen Strafrahmens nur nach der gerade d i e s e m Täter gegenüber zu erhebenden Vorwerfbarkeit erfolgen. Jede andere Beurteilung würde zu einer Nivellierung der Strafen und damit zu sachlichen Ungerechtigkeiten führen. Solange man also nicht den Charakter des Täters als solchen, sondern die tatbezogene Schuld des einzelnen Täters, die uns auch durch sein sonstiges Verhalten sichtbar werden kann, für die Bemessung der Strafe heranzieht, offenbart sich darin keine Widersprüchlichkeit, kein "Knick" im System, sondern eine für ein Tatschuldstrafrecht notwendige und organische Entwicklung.¹⁾

1) Insoweit ist es auch richtig, wenn von einem "Übergang vom Tat- zum Täterstrafrecht" gesprochen wird; s. Bockelmann Mat I 33, 35; Bruns NJW 56, 244; Bruns, Der Verbrecher im heutigen Strafrecht, S. 21; Engisch ZStW 66, 353, 356, 360; Maurach AT S. 665; Seibert MDR 52, 459.

Der Entwurf, der in § 60 II 2 die verschiedenen Gesichtspunkte zusammenfaßt, unter denen eine Straftat zu werten ist, hält offenbar die Gefahr eines "Bruchs im System" ebenfalls für unbegründet. Denn nach § 60 II 2 soll der Richter nicht allein das äußere Erscheinungsbild der Tat, also die Art der Ausführung, die angewandten Mittel und die Auswirkungen der Tat, insbesondere den angerichteten Schaden, berücksichtigen. Daneben sollen vielmehr auch die inneren Antriebe des Täters, seine Ziele, seine Gesinnung, sein aufgewendeter Wille und - bei Fahrlässigkeitstaten - das Maß seiner Pflichtwidrigkeit Beachtung verdienen. Außer auf eine innere Persönlichkeitshaltung des Täters, die im unmittelbaren Zusammenhang mit der Tat steht, soll der Richter aber sein Augenmerk gleichfalls auf die Persönlichkeit des Täters in ihrer Gesamtheit richten ¹⁾, was insbesondere durch eine Erforschung seines Vorlebens erfolgen soll. Mag damit im einzelnen zwar nicht entschieden sein, in welchem Umfang das Persönlichkeitsbild des Täters heranzuziehen ist, so geht aus allem aber eindeutig hervor, daß der Entwurf es als geklärt ansieht, daß neben der Tatkomponente auch der Täterkomponente für die Zumessung der Strafe eine Bedeutung zukommen muß.

5. Aber auch auf dem Gebiet der logischen Strafzumessungsgründe hält der Entwurf eine wichtige Frage für geklärt: Er unterläßt eine generelle Bewertung der in § 60 II erwähnten Strafzumessungstatsachen. Nachdem schon in der Literatur ²⁾ häufig auf eine ambivalente

1) Begründung E 1962 S. 181.

2) Bruns NJW 56, 243; Heinitz ZStW 63, 58f; Peters, Ermessensfreiheit, S. 35; Peters, Die kriminalpolitische Stellung..., S. 90; Sauer, Grundlagen, S. 646; Sauer ZStW 50, 689f; Sauer AT S. 260; Schröder, Gutachten, S. 78f; Spindel, Strafmaß, S. 196; v. Weber, Strafzumessung, S. 10; v. Weber MDR 49, 390; Welzel Prot XII 72.

Natur der Strafzumessungstatsachen hingewiesen worden ist, spricht nun auch der Entwurf davon, daß der Richter die aufgezeigten Gesichtspunkte im Einzelfall für oder wider den Täter zu bewerten habe.¹⁾ Dem ist zuzustimmen, da schon je nach dem Vorrang des einen oder anderen Strafzwecks der Januskopf mancher Faktoren sichtbar wird²⁾; so können geringe geistige Fähigkeiten unter Schuld-Sühne-Gesichtspunkten strafmildernd, unter präventiven Erwägungen hingegen strafe erhöhend sich auswirken. Diese Bedenken könnten zwar entfallen, da der Entwurf den Ausgleich der Schuld als primären Strafzweck anerkannt hat. Trotzdem können je nach der Gestaltung der konkreten Falles die einzelnen Strafzumessungstatsachen zugunsten oder auch zuungunsten des Täters in die Waagschale fallen. So braucht etwa ein Geständnis des Täters, das als Nachtatverhalten gemäß § 60 II beachtlich sein kann, sich nicht stets als strafmildernd auszuwirken; es kann sogar als Indiz für erhöhte Tatschuld schärfend berücksichtigt werden, wenn der Angeklagte gesteht, um sich im Mittelpunkt des allgemeinen Interesses zu sehen, sich seiner Tat zu brüsten und damit vor der Öffentlichkeit ein Zeugnis seiner Rechtsfeindlichkeit abzulegen.³⁾ Daher sieht der Entwurf es wohl zu Recht als geklärt an, daß eine einseitige, generelle Bewertung der beachtlichen Strafzumessungstatsachen von vornherein durch den Gesetzgeber nicht möglich ist. Ob dies auch für die Umstände, die von außen an den Täter herantreten, und für die inneren Umstände wie Gesinnung und Wille des Täters gilt, soll an anderer Stelle untersucht werden.

III. Wichtige, ungeklärte Fragen der Strafzumessungslehre.

1. Wenn der Entwurf auch manche Fragen als geklärt ansieht, so scheut er sich doch vor der Entscheidung gewisser umstrittener Fragen und überläßt die weitere Entwicklung dem Schrifttum und der Rechtsprechung.

1) Begr. E 1962 S. 181 f. 2) Spendel, Strafmaß, S. 197.

3) Vgl. OLG Celle HRR 33, 1985; Sauer ZStW 50, 690

Im Bereich der Strafzwecke, der finalen Strafzumessungsgründe, zeigen sich derartige ungelöste Probleme bei einer Betrachtung des dafür maßgebenden § 60 I. Wenn hier bestimmt ist, daß die Grundlage für die Zumessung der Strafe die Schuld des Täters sein soll, so distanziert sich diese Vorschrift in der Formulierung von ihren Vorläufern, die ihr während der Beratungen der Großen Strafrechtskommission vorangegangen waren. So hatte der erste Vorläufer davon gesprochen ¹⁾, daß die Strafe der Schuld des Täters gerecht entsprechen und in diesem Rahmen dazu dienen solle, den Täter in die Gemeinschaft wieder einzugliedern, Straftaten zu verhüten und die Allgemeinheit vor dem gefährlichen Täter zu schützen. Damit war zum Ausdruck gebracht worden, daß die gerechte Schuldstrafe kein fester Punkt, sondern ein gewisser Bereich sei, innerhalb dessen general- und spezialpräventive Erwägungen Berücksichtigung finden könnten. Im Gegensatz dazu war der nächste Vorläufer ²⁾ davon ausgegangen, daß die Strafe das Maß der Schuld nicht überschreiten dürfe. Diese Formulierung erweckte jedoch den Eindruck, als sei die Schuld stets eine bestimmte Größe, der auch eine einzige bestimmte Strafe entsprechen müsse. § 60 I hingegen geht einer Stellungnahme zu der Frage, ob die Schuldstrafe als eine Punkt- oder Rahmenstrafe aufzufassen sei, bewußt aus dem Wege und läßt beide Lösungsmöglichkeiten offen. So ist auch in der Begründung des Entwurfs ausdrücklich ausgesprochen, daß die Formulierung des § 60 I der in der höchstrichterlichen Rechtsprechung vertretenen Auffassung Raum geben wolle, daß für die einzelne Tat verschiedene Strafgrößen innerhalb eines engeren Spielraums im weiteren Bereich des gesetzlichen Strafrahmens

1) § 3 des vorläufigen Entwurfs; Prot I 48, 11, 342;

2) § 2/2 Entwurf des Allgemeinen Teils 1958;

als schuldangemessen zu betrachten seien ¹⁾.Damit wird auf die vom Bundesgerichtshof wiederholt anerkannte Spielraumtheorie Bezug genommen.Die Spielraum- oder Rahmentheorie geht davon aus,daß die schuldangemessene Strafe nicht genau bestimmt werden könne,sondern sich innerhalb eines Bereichs halte,der nach unten durch die schon schuldangemessene Strafe und nach oben durch die noch schuldangemessene Strafe begrenzt werde.Nur innerhalb dieses durch die Schuld abgesteckten Rahmens dürften für die endgültige Festsetzung der Strafe auch general- und spezialpräventive Gesichtspunkte herangezogen werden.Mit diesem Gebot,die Anwendung der präventiven Strafzwecke auf den Bereich innerhalb des Schuldrahmens zu begrenzen,stellt sich die Rahmentheorie als ein Versuch dar,das Antinomieproblem der Strafzwecke zu lösen.Die Gegenposition zu der Spielraumtheorie nimmt die Punktstrafe ein,nach der die Schuld und somit die durch die Schuld gebotene Strafe nur eine einzige feste Größe sein können.Präventive Erwägungen führten dann zu einer Über- oder Unterschreitung der durch die Schuld bestimmten Punktstrafe.

Der Entwurf erklärt nun,daß er die Spielraumtheorie weder ausdrücklich verwerfen noch anerkennen,sondern jede Bindung der Rechtsprechung an eine bestimmte Auffassung vermeiden und der Entwicklung ihren freien Lauf lassen wolle.So ist es in der Begründung des Entwurfs ausdrücklich offen gelassen,ob die Schuld eine feste Größe im mathematischen Sinne sei oder sich innerhalb eines gewissen Bereiches bewege.Damit wird die Frage nach der Richtigkeit der Spielraumtheorie aufgeworfen,die auf dem Gedanken des Schuldrahmens basiert und eine Lösung des Verhältnisses der Strafzwecke zueinander erreicht zu haben glaubt.Daneben bedarf aber noch ein weiterer Umstand der Untersuchung:Zwar wurde für die Strafzweckregel des § 60 I der Wortlaut so gewählt,daß durch die Formulierung weder

1)Begründung E 1962 S.96;

die Anwendbarkeit der Spielraumtheorie noch der Theorie ausgeschlossen wurde, nach der die Schuldstrafe ein bestimmter Punkt ist, der durch präventive Überlegungen über- oder unterschritten werden kann. Jedoch bleibt zweifelhaft, ob § 60 I nach seiner gesamten Entstehung während der Beratungen der Großen Strafrechtskommission überhaupt noch mit der Rahmentheorie als vereinbar anzusehen ist oder ob vielmehr im Laufe der Beratungen die Tendenz dahin ging, einen § 60 I zu schaffen, der nach seiner Entstehungsgeschichte kaum mehr im Sinne der Spielraumtheorie ausgelegt und verstanden werden kann. Zu diesem Zweck und auch zur Klärung der Frage, wie die Formulierung "Grundlage für die Zumessung der Strafe ist die Schuld des Täters" zu verstehen ist, wird es daher nötig sein, die Beratungen der Großen Strafrechtskommission zum Verhältnis der Strafzwecke eingehend zu verfolgen.

2. Aber nicht nur im Gebiet der finalen, auch im Bereich der realen Strafzumessungsgründe hat der Entwurf manche Fragen offen gelassen. Bevor man jedoch auf eine Erörterung der realen Strafzumessungsgründe im einzelnen eingehen kann, müssen diejenigen Strafzumessungstat-sachen abgegrenzt werden, deren Verwertung bei der Festsetzung der Strafe gerade untersagt sein soll. Wir haben zwar festgestellt, daß das Verbot der Doppelverwertung von Tatbestandsmerkmalen in § 60 II 1 des Entwurfs seinen Niederschlag gefunden hat, daß gleichzeitig aber die Entwicklung weitergegangen ist und sich die eigentliche Fragestellung hin zu der Gültigkeit eines Verbots der Doppelverwertung von strafrahmenbildenden Umständen verlagert hat. Zu diesem heute interessierenden Problemkreis nimmt der Entwurf keine Stellung, so daß es - besonders auch im Hinblick auf die spärliche Literatur zu dieser Frage ¹⁾ - noch vollkommen ungeklärt ist, ob eine Aus-

1) Dreher JZ 57, 155; Fränkel LM 8/§ 44 StGB; Jagusch LM 10/§ 44 StGB; Stratenwerth, Festgabe für den Schweizerischen Juristentag 1963, S. 259 Anm. 44.

dehnung des Verbots der Doppelverwertung von Tatbestandsmerkmalen zu Recht verfochten wird oder nicht. Da eine zufriedenstellende Antwort darauf nur gegeben werden kann, wenn man auf den Grund des Verbots zurückgeht, ist es unerläßlich, das Verbot der Doppelverwertung von Tatbestandsmerkmalen selbst einer Untersuchung zu unterziehen, mag auch der Entwurf davon ausgegangen sein, daß dieses Thema als unproblematisch betrachtet werden könne.

Bei den realen Strafzumessungsgründen selbst ist zunächst eine Beschränkung vorzunehmen. Aus dem großen Bereich der realen Strafzumessungsgründe stehen so viele Fragen noch offen, daß bei einer Berücksichtigung aller Punkte der Rahmen dieser Erörterungen gesprengt werden würde. Es sollen daher alle Probleme der T a t komponente, zu denen etwa die umstrittene Beachtung der verschuldeten Folgen der Tat gehört, außer Betracht bleiben. Nur die T ä t e r komponente soll näher untersucht werden und auch dabei wollen wir uns wiederum nur den wichtigsten und zweifelhaftesten Fragen zuwenden. Dabei zeigt sich zunächst, daß es noch ungeklärt ist, ob und in welchem Umfang eine Lebensführungsschuld neben der Tatschuld bejaht und zur Grundlage einer strengeren Bestrafung gemacht werden kann. Der Entwurf stellt zwar die Tat in den Mittelpunkt aller Überlegungen und lehnt die Berücksichtigung einer Lebensführungsschuld ab, die nicht in der Tat zum Ausdruck gekommen ist. Als Beispiele für die Ausrichtung der zukünftigen Gesetzes an der Tatschuld führt die Begründung zum Entwurf etwa an, daß an der Gesamtstrafe, die auf den für jede Tat verhängten Einzelstrafen beruht, festgehalten und die Einheitsstrafe, die die Wertung der einzelnen Strafen einer Gesamtwürdigung des Täters unterordnet, abgelehnt wird.¹⁾ Auch ist bei gleich-

1) Begründung E 1962 S. 97.

zeitiger Streichung der Strafschärfung für den gefährlichen Gewohnheitsverbrecher eine allgemeine Strafschärfung für den Rückfall vorgesehen, die sich nicht auf eine Würdigung der Täterpersönlichkeit, sondern auf einen erhöhten Schuldvorwurf gründen soll. Im Widerspruch zu dieser Betonung des Tatschuldgedankens könnte aber die Vorschrift des § 60 II 2 stehen, nach der bei der Strafzumessung auch das Vorleben des Täters und sein Verhalten nach der Tat für das Maß der Schuld zu berücksichtigen sind. Auch aus den §§ 62, 63 und 61 ist zu entnehmen, daß die Schwere der Schuld durch Umstände beeinflusst werden kann, die nicht unmittelbar in der Tat selbst, sondern in dem Verhalten des Täters vor oder nach der Tat liegen. Der Widerspruch könnte offenbar nur dadurch wieder gelöst werden, daß man den Tatbegriff weiter faßt oder aber - im Hinblick auf das Verhalten vor der Tat - der Lebensführungsschuld in gewissem Umfang ihre Berechtigung zugesteht. Der Entwurf läßt diese zweifelhafte Frage ausdrücklich offen: "Ob und inwieweit damit für den Bereich der Strafzumessung eine Erweiterung des Begriffes der T a t über die bloße Tatbestandsverwirklichung hinaus eintritt oder aber eine Erweiterung des Begriffes der S c h u l d über die Tatschuld hinaus, steht nicht zur Entscheidung des Gesetzes, sondern muß der Erörterung in Rechtsprechung und Schrifttum überlassen bleiben".¹⁾

Im Zusammenhang mit der Heranziehung der Täterpersönlichkeit erhebt sich eine andere, heute ebenfalls ungelöste Frage. Mag man sich über die Bedeutung der Persönlichkeit für die Strafzumessung auch einig sein, so ist es doch mit Schwierigkeiten verbunden, den Täter als Menschen überhaupt voll zu erfassen. Man glaubt nun ver-

1) Begründung E 1962 S. 180f.

schiedentlich, diese Aufgabe mit Hilfe der Kriminologie, speziell durch die Bildung von kriminologischen Tätertypen, lösen zu können. Während sich früher besonders Aschaffenburg¹⁾, Gruhle²⁾ und v. Liszt³⁾ mit der Einteilung von Verbrechern befaßt haben, sind in neuerer Zeit vornehmlich Exner⁴⁾, Mezger⁵⁾, Sauer⁶⁾, Seelig und Weindler⁷⁾ dieser Frage nachgegangen. Aber nicht nur von kriminologischer Seite wird die Notwendigkeit betont, daß sich der Strafrichter bei der Strafzumessung die Ergebnisse der kriminologischen Forschungen zunutze machen solle, sondern in der Strafrechtslehre⁸⁾ selbst scheint sich die Auffassung durchzusetzen, man habe mit den kriminologischen Tätertypen eine Hilfe für die Erfassung der Persönlichkeit und damit für die schuldgemäße Strafe gefunden. Der Entwurf schweigt zu dieser Frage, die er selbst wohl auch schwerlich beantworten könnte. Daher bedarf es einer Prüfung, ob wenigstens die von der Kriminologie bisher entwickelten Typen für die Strafzumessung verwertbar sind.

3. Richten wir nun den Blick auf die Bewertung der Strafzumessungstatsachen und somit auf die logischen Strafzumessungsgründe, so scheint es zunächst, als würden hier keine problematischen Fragen auftauchen. Denn wie oben schon dargelegt wurde⁹⁾, erachtet es der

1) Aschaffenburg HWK I S. 837.

2) Gruhle HWK I S. 911.

3) v. Liszt, Aufsätze und Vorträge, II S. 170.

4) Exner, KrimBiol S. 219ff; Kriminologie S. 203ff; Die psychologische Einteilung der Verbrecher, SchwZfStrR Bd. 38, 1ff

5) Mezger, Kriminologie, S. 150ff; Typenproblem S. 16; Kriminelle Typen, in: Festschrift für Schneider, S. 217ff.

6) Sauer, Kriminologie, S. 253, 276ff, 286; KrimSoz S. 188-632; AT S. 256; GA 1957, 137;

7) Seelig-Weindler S. 7-23, 175ff.

8) Bohne SJZ 50, 863; Grünhut ZStW 71, 521; Jagusch LK B IV vor § 13; Peters HWK II S. 737; Schröder 33 vor § 13.

9) s.o. S. 14f

Entwurf als geklärt, daß den in § 60 II erwähnten Strafzumessungstatsachen ein ambivalenter Charakter zukommt und damit eine generelle strafscharfende oder strafmildernde Wirkung ausscheidet. Es sei also Sache des Richters, im Einzelfall zu bestimmen, ob die betreffenden Gesichtspunkte für oder wider den Täter zu bewerten seien.¹⁾ Diesen Grundsatz will der Entwurf aber auch bei der Bewertung von "inneren" und "äußeren" Umständen angewendet wissen. So heißt es in der amtlichen Begründung: "Das Gesetz geht auch nicht davon aus, daß Umstände, die von außen an den Täter herantreten, regelmäßig entlastend, innere Umstände wie Gesinnung und Wille des Täters hingegen regelmäßig belastend wirken".²⁾ Damit setzt sich der Entwurf aber in Widerspruch zu Bestrebungen, die j e n e n Strafzumessungstatsachen eine generelle, einseitige Bewertung zusprechen wollen. So hat M . E . M a y e r ³⁾ geglaubt, mit seinem Satz "Das Motiv entlastet, der Charakter belastet" eine für jeden Fall zutreffende Strafzumessungsformel aufgestellt zu haben. Die M . E . M a y e r - Formel findet, teilweise in Abwandlungen wie "Äußere Umstände entlasten, der Charakter belastet" ⁴⁾ oder in völligen Veränderungen wie "Das Motiv belastet, der Charakter entlastet" ⁵⁾ noch heute manche Befürworter. ⁶⁾ Auch M e z g e r hat mit seiner Adäquanztheorie, nach der die Schuld umso größer sei, je mehr die Persönlichkeit des Täters der Tat entspreche,

1) Begründung E 1962 S.182.

2) Begründung E 1962 S.181f.

3) M.E.Mayer, Schuldhafte Handlung, S.190; AT S.497.

4) Mezger Lb S.275 Anm.13.

5) Hülle DRiZ 51,35; Kohlrausch, Sollen und Können, S.14, 31; vgl. Sauer Kriminologie S.53

6) z.Dohna ZStW 66,514; Hall ZStW 70,46; Kroschel-Doerner S.117; Radbruch-Zweigert S.117.

und umso geringer veranschlagt werden müsse, je weniger die Handlung mit der Persönlichkeit übereinstimme, den Versuch unternommen, eine derartige Strafzumessungsformel aufzustellen.¹⁾ Ob dabei die Adäquanztheorie zu der M . E . M a y e r - Formel in gewisser Beziehung steht, ob sie eine Abwandlung und Weiterentwicklung darstellt, bedarf erst noch der Untersuchung. Mit der Verneinung einer einheitlichen Bewertung der "äußeren" und "inneren" Umstände distanziert sich der Entwurf aber auch von früheren Entwürfen, die vorsahen, daß das Gericht abzuwägen habe, inwieweit die Tat auf einer verwerflichen Gesinnung oder Willensneigung des Täters und inwieweit sie auf Ursachen beruhe, die dem Täter nicht zum Vorwurf gereichten, da sie seinem Wesen fremd seien.²⁾

Damit zeigt sich, daß hinsichtlich dieser "äußeren" und "inneren" Umstände die Entscheidung des Entwurfs keineswegs so problemlos und geklärt ist, wie es nach der amtlichen Begründung den Anschein hat. Daher bedarf es einer Untersuchung, ob sich die M . E . M a y e r - Formel oder die Adäquanztheorie, die der Entwurf indirekt ablehnt, doch vertreten lassen und ob sie eine Stütze geben können, die Höhe der Schuld und damit die zutreffende Strafe aufzufinden.

Als Ergebnis läßt sich feststellen, daß noch eine ganze Reihe wichtiger Fragen in der Strafzumessungslehre ungeklärt ist. Dabei kann es nicht darauf ankommen, ob der Entwurf den einen oder anderen Problemkreis als geklärt

1) Mezger Lb S. 275, 501; ZStW 49, 182; ZStW 57, 687; Mitteilungen der Kriminalbiologischen Gesellschaft, II S. 32; Festgabe für Frank I S. 532f, 536.

2) § 67 E 1925; § 69 E 1927; § 69 E 1930.

erachtet. Entscheidend ist vielmehr, welche Bereiche auch unter Berücksichtigung der Rechtsprechung und Literatur heute noch als umstritten anzusehen sind. Eine Lösung dieser Fragen soll mit der vorliegenden Arbeit vorbereitet werden, so daß ein Beitrag zum Allgemeinen Teil der Strafzumessungslehre geleistet wird.

§ 1: "Die Schuld als Grundlage der Strafe" (§ 60 I E 1962).

-Ein Überblick über die Beratungen der Großen Strafrechtskommission zur Frage des Strafzwecks -

Wendet man sich bei einer Betrachtung der noch ungeklärten Fragen der Strafzumessungslehre zunächst dem Bereich der finalen Strafzumessungsgründe zu, so hat die Untersuchung bei der Strafzweckbestimmung des § 60 I Entwurf 1962 einzusetzen. Mit § 60 I, nach dem die Schuld des Täters die Grundlage für die Zumessung der Strafe sein soll, sind zwei Fragenbereiche verknüpft. Zunächst gilt es zu klären, welche Strafzwecke das zukünftige Gesetz verfolgt sehen will. § 60 I spricht zwar nur von der Schuld als Bemessungsgrundlage, so daß nach dem Wortlaut der Bestimmung der Anschein erweckt werden könnte, als sehe der Entwurf den Sinn der Strafe allein in dem Ausgleich der Schuld. Wie aber schon aus der amtlichen Begründung ¹⁾ und auch aus den §§ 53 I, 72 und 87 I E 1962 ²⁾ hervorgeht, soll die Strafe daneben kriminalpolitischen Zwecken dienen, insbesondere der Verhütung künftiger Straftaten. Der Entwurf will also nicht allein eine Vergeltung der Schuld, sondern sieht den Zweck der Strafe auch in der Besserung und Eingliederung des Täters in die Gemeinschaft, in der Abschreckung, sowie in der Sicherung der Allgemeinheit vor dem gefährlichen Verbrecher. Das bedeutet aber nicht, daß nun je nach der Besonderheit des einzelnen Falles entweder eine Sühnestrafe oder eine Präventionsstrafe verhängt werden kann. Vielmehr soll die Strafe **s t e t s** gerechte Schuldvergeltung sein, während die präventiven Zwecke nur als "Nebenstrafzwecke" erscheinen, so daß die Antinomie der verschiedenen Strafzwecke - von der der Entwurf ausgeht ³⁾ - zugunsten des Sühnagedankens gelöst wird. Erst damit tritt

1) Begründung E 1962 S. 96

2) In diesen Bestimmungen wird von der "Aufgabe der Strafe, Straftaten entgegenzuwirken", gesprochen.

3) Begr. E 1962 S. 96.

das eigentliche Problem klar hervor: In welchem Umfang können die zu berücksichtigenden präventiven Strafzwecke zu einer Erhöhung oder Ermäßigung der schuldangemessenen Strafe, die damit der Idee der Sühne gerecht wird, führen? Einen Anhaltspunkt dafür könnte die Wendung von der Schuld als Grundlage der Strafe geben; erst wenn man aber den Gang der Beratungen der Großen Strafrechtskommission zu der Frage der Strafzwecke verfolgt, kann man anhand der früher vorgeschlagenen und dann wieder verworfenen Strafzweckbestimmungen erkennen, in welchem Sinn § 60 I zu verstehen ist.

In engem Zusammenhang mit dem gerade angedeuteten Problem steht der zweite Fragenbereich, den § 60 I mit der Formulierung "Grundlage für die Zumessung der Strafe ist die Schuld des Täters" aufwirft. Wenn die schuldangemessene Strafe in gewissem Umfang durch die Beachtung präventiver Strafzwecke nach oben oder unten verändert werden kann, so ist dabei noch offen, ob die schuldangemessene Strafe ein Punkt oder ein Rahmen ist. Der Entwurf hat die Wendung von der Grundlage gewählt und sich damit nicht bindend festgelegt. Besonders im Hinblick auf die Rechtsprechung des Bundesgerichtshofs, der wiederholt seinen Entscheidungen die Spielraumtheorie zugrunde gelegt hat, glaubt der Entwurf, einer eindeutigen Entscheidung im Sinne der Punktstrafe ausweichen zu müssen. Mag also der Wortlaut des § 60 I verschiedene Deutungen zulassen, so ist aber nicht gesagt, daß auch mit der Entstehungsgeschichte der Vorschrift eine Auslegung im Sinne der Rahmentheorie zu vereinbaren wäre. Da dem § 60 I mehrere andere Formulierungen vorangegangen waren, ist es denkbar, daß sich in der Kommission eine Strömung durchsetzte, die der Spielraumtheorie ablehnend gegenüberstand und der es auch gelang, jedes Anklingen der Strafzweckvorschrift an die Rahmentheorie zu vermeiden. Um feststellen zu können, ob § 60 I nach seiner Entwicklung mit der Rahmentheorie vereinbar sein kann, sind auch zu dieser Frage die Arbeiten der Großen Strafrechts-

kommission einer Untersuchung zu unterziehen.

I. Die Gutachten der Strafrechtslehrer.

Bereits vor dem Beginn der Beratungen zum Entwurf eines neuen Strafgesetzes offenbarte sich, daß man der Frage, welchen Strafzweck das künftige Gesetz verfolgen solle, einen ihrer Bedeutung entsprechenden Rang einzuräumen gewillt war. Darauf weist nicht allein der Umstand hin, daß man dieses Problem in ausführlichen Gutachten ¹⁾ vorbereiten ließ und als Grundsatzfrage bereits in der 2. Sitzung der Großen Strafrechtskommission am 29. Juni 1954 ²⁾ zu erörtern begann, sondern es gewinnt auch die Tatsache Bedeutung, daß mit M e z g e r und E b . S c h m i d t als Gutachter zwei Wissenschaftler ausgewählt wurden, die in ihren Auffassungen sich konträr gegenüberstanden und somit die Gewähr boten, die Diskussion sofort an den entscheidenden Punkten einsetzen zu lassen.

1. Das Gutachten M e z g e r s .

M e z g e r , der scharf Wesen und Zweck der Strafe voneinander trennte, aber auch bestehende Querverbindungen aufzeichnete ³⁾, sah in der gerechten d.h. der Schuld angepaßten Tatvergeltung und der damit verbundenen Gerechtigkeitspflege den Zweck der Strafe verwirklicht ⁴⁾. Häufig bestehe zwar ein Einklang mit anderen Strafzwecken, mit der Spezial- und Generalprävention, da gerechte Vergeltung zugleich einen erzieherischen Einfluß auf den einzelnen ausübe und auch das Rechtsbewußtsein der Allgemeinheit stärke.

1) Mezger Mat I S. 1 ff; Eb. Schmidt Mat I S. 10 ff;

2) Prot I 29 ff;

3) Mezger Prot I 30;

4) Mezger Mat I S. 2; Mezger Prot I 31;

Sollten sich im Einzelfall die Strafzwecke jedoch widersprechen, etwa weil die für den Verbrecher gebotene schuldgerechte Vergeltung im Hinblick auf seine Gefährlichkeit eine ungenügende Reaktion darstelle, so sei diese Antinomie zugunsten der schuldgerechten Vergeltung zu lösen ¹⁾. Verfehlt sei eine bloße Koordination ²⁾, nach der im einzelnen Fall einmal der eine, einmal der andere Strafzweck in den Vordergrund treten könne; der Schuldfrage gebühre vielmehr stets das Primat. Aus diesem Grunde sah M e z g e r in seinem Gutachten folgende Strafzweckbestimmung vor ³⁾:

"Die Strafe soll in gerechter Weise der Schuld des Täters entsprechen. Auf dieser Grundlage dient sie der Verhütung von Straftaten, der Sicherung der Allgemeinheit vor gefährlichen Verbrechern und der Eingliederung des straffällig Gewordenen in die Gemeinschaft".

Wenn dieser Vorschlag in dem entscheidenden Punkt, daß die Schuld die Grundlage für die Bestrafung sein solle, auch schon völlig mit § 60 I Entwurf 1962 übereinstimmt, so besteht doch ein gewisser Unterschied. Während der Entwurf 1962 in der Begründung ausdrücklich die Vereinbarkeit des § 60 I mit der Spielraumtheorie offen läßt, faßte der Vorschlag M e z g e r s diesen Aspekt offenbar nicht ins Auge. In dem gesamten Gutachten findet sich kein Hinweis auf die Rahmentheorie. M e z g e r kam es vielmehr nur auf die Anerkennung des V o r r a n g e s des Schuldprinzips an, stand aber geringen spezialpräventiv begründeten Abweichungen von der Schuldstrafe nicht ablehnend gegenüber. Damit ging M e z g e r wohl von der Annahme aus, daß die Schuld als Punkt zu fixieren sei und damit zu einer Punktstrafe führen müsse, die durch präventive Erwägungen in geringem Umfang über- oder unterschritten werden könnte.

1) Mezger Mat I 2f; Mezger Prot I 33 und 341;
so auch Baldus Prot I 38; Dahn (für den Strafrechtsaus-
schuß der Rechtsanwaltskammern) Prot I 39;

2) so aber Resch Prot I 36 (für den Richterbund); Staff
Prot I 37;

3) Mezger Mat I 7;

2. Das Gutachten E b . S c h m i d t s .

Auch E b . S c h m i d t stellte in seinem Gutachten die - selbstverständliche - Forderung auf, daß der ganze Bestrafungsvorgang unter dem Gesichtspunkt der Gerechtigkeit zu stehen habe; aber nicht der Vergeltungs- und Sühnegedanke, mit dem bis in die jüngste Vergangenheit Mißbrauch getrieben worden sei, sondern nur das Ziel, den Entgleisten wieder auf den rechten Weg zu bringen, entspreche dem Gedanken der Gerechtigkeit ¹⁾. Wenn E b . S c h m i d t der Kommission für die Strafzweckbestimmung des künftigen Gesetzes den Vorschlag unterbreitete, daß das Gericht bei der Bemessung der Strafe zu erwägen habe, welche Mittel nötig seien, um den Verurteilten wieder zu einem gesetzmäßigen und geordneten Leben zu führen ²⁾, so sprach daraus die reine Spezialprävention. Mochte er auch betonen, daß er keineswegs ein Anhänger einer Theorie der extremen Spezialprävention sei, daß die Strafe gerecht sein müsse und daß jede Strafe Schuldstrafe zu sein habe, die sich nach der Täterschuld bemesse! Denn für ihn bedeutete Schuld die durch die Tat bewiesene asoziale oder antisoziale Einstellung des Täters ³⁾, die es durch die Strafe zu beheben gelte. Der Sinn des richterlichen Strafens bestehe in der seelischen Einwirkung, die den Täter vor der Wiederholung der Handlung abhalten solle. Demnach müsse der Entgleiste wieder auf den richtigen Weg gebracht werden. Folglich sei die Strafe dann gerecht und entspreche notwendig dem Maß der Schuld, wenn sie den Rechtsbrecher in Zukunft nicht mehr straffällig werden lasse ⁴⁾.

1) Eb. Schmidt Mat I 13f, 20 und Prot I 35f;

2) Eb. Schmidt Mat I 26;

3) Eb. Schmidt Mat I 21;

4) So legen auch Bockelmann (Prot I 46) und Welzel (Prot I 60) das Gutachten Eb. Schmidts aus.

Zwar sprachen damit beide Gutachter von Gerechtigkeit und Schuld, aber jeder verstand etwas anderes darunter, so daß lediglich eine rein äußerliche Übereinstimmung hergestellt wurde.

II. § 3 des vorläufigen Entwurfs: Die Schuld als Rahmen.

1. Die Entstehung des § 3 .

Bereits in der 2. Sitzung der Großen Strafrechtskommission sollte sich zeigen, daß die Mehrheit der Mitglieder nicht gewillt war, den spezialpräventiv ausgerichteten Gedanken E b . S c h m i d t s zu folgen.¹⁾ Vielmehr war man bestrebt, den Gesichtspunkt der Tatschuldvergeltung in den Vordergrund zu rücken. Schon die Gefahr, daß sonst die Grenzen zu den Strafrechtsordnungen diktatorischer Regime verwischt werden würden, sprach nach der Ansicht mancher Kommissionsmitglieder für die Notwendigkeit, bei der Feststellung der Strafe von der Schuld auszugehen. Denn ebenso wie das Strafrecht eines totalitären Staates das Sein des Menschen "bestrafe", indem es den in die Gemeinschaft nicht mehr einpaßbaren Menschen ausmerze oder - sofern eine Eingliederung noch möglich sein sollte - ihn umzuerziehen versuche, berge auch ein die reine Spezialprävention verfolgendes System ähnliche Gefahren in sich²⁾, so daß ein freiheitliches Strafrecht nur durch ein an der Tatschuld orientiertes System gewährleistet werde. Mit dem so häufig zitierten guten Gewissen könne der Richter außerdem nur dann bestrafen, wenn es mit der Strafe das durch den Täter verletzte Recht zu bewahren gelte, wenn also gerechte, schuldangemessene Vergeltung zu üben sei.³⁾ Ferner erfordere auch die notwendige Abgrenzung zum Erfolgsstrafrecht eine deutliche Hervorhebung der Schuldstrafe.⁴⁾

1) 2. Sitzung am 29. Juni 1954: Prot I 29ff.

2) Gallas Prot I 41; v. Merkatzt Prot I 38; Mezger Prot I 43.

3) Baldus Prot I 38.

4) Lange Prot I 47.

Aber selbst eine Formulierung im Sinne des Vorschlags von M e z g e r hielt ein Teil der Kommissionsmitglieder nicht für ausreichend, um die von einem präventiven Denken drohenden Gefahren zu bannen. K r i l l e ¹⁾, G a l l a s ²⁾, K o f f k a ³⁾ und J e s c h e c k ⁴⁾ setzten sich für eine stärkere Ausprägung des Schuldgedankens ein. Nach ihren Vorschlägen sollte die Strafzweckvorschrift so formuliert werden, daß general- und spezialpräventive Zwecke lediglich im R a h m e n der schuldgerechten Strafe berücksichtigt werden könnten. Damit mußte notwendigerweise der Gedanke verbunden sein, daß die Schuld und demnach die schuldentsprechende Strafe kein fester Punkt, sondern ein gewisser Bereich, ein Rahmen seien. Interessant ist, daß am Ende der 2. Sitzung alle Mitglieder der Großen Strafrechtskommission einstimmig ⁵⁾ diesen Rahmengedanken billigten und ihn in dem vorläufigen § 3 des zukünftigen Gesetzes niedergelegt wissen wollten:

"Die Strafe soll der Schuld des Täters gerecht entsprechen. In diesem Rahmen dient sie dazu, den Täter in die Gemeinschaft wieder einzugliedern, Straftaten zu verhüten und die Allgemeinheit vor dem gefährlichen Täter zu schützen".

Damit war der Grundstein für die später besonders in der höchststrichterlichen Rechtsprechung rasch Anklang findenden Rahmen- oder Spielraumtheorie gelegt, nach der die Schuldstrafe einen Rahmen darstellt, der nach unten durch die schon schuldangemessene und nach oben durch die noch schuldangemessene Strafe begrenzt wird und der durch spe-

1) Krille Prot I 40;

2) Gallas Prot I 41;

3) Koffka Prot I 42;

4) Jescheck Prot I 44;

5) Prot I 342, 111, 48;

zial- und generalpräventive Gesichtspunkte weder unter- noch überschritten werden darf.

Man muß sich aber darüber klar sein, daß diese Einstimmigkeit der Beschlußfassung täuscht. Der Grund für die Einmütigkeit ist vielmehr in folgendem zu sehen: Eine dogmatische Auseinandersetzung über die aufgeworfenen Fragen, insbesondere über die Vorzüge und Nachteile der Spielraumtheorie, fand damals noch nicht statt. Man war direkt peinlich darauf bedacht, jede allzu deutliche Konfrontation der Meinungen zu vermeiden. Dies geschah hauptsächlich aus dem Wunsch heraus, eine Verzögerung oder gar Unterbrechung der Beratungen der Kommission gleich zu Beginn der Sitzungen zu verhindern. Der Beschlußfassung in der 2. Sitzung wohnt mehr der Charakter einer vorläufigen Einigung inne, verbunden mit der stillschweigenden Absprache, die Frage des Strafzwecks und des Schuldbegriffs, dessen Klärung bisher mit keinem Wort in Angriff genommen worden war, zu überprüfen und später noch eingehend zu diskutieren. Man muß also festhalten, daß die Rahmenformulierung in der 2. Sitzung weniger das Ergebnis ausführlicher und tiefgründiger Erörterungen darstellt, sondern mehr aus dem Wunsch heraus geschaffen wurde, eine reibungslose Weiterführung der Beratungen vorläufig zu gewährleisten und die gesamte Kommissionsarbeit nicht schon zu Beginn in ein Stocken geraten zu lassen.

2. Die Einwände gegen die Rahmenformulierung.

Daß über die Frage der Strafzwecke und der in § 3 des vorläufigen Entwurfs fixierten Rahmentheorie trotz der Einstimmigkeit der Beschlußfassung noch nicht das letzte Wort gesprochen war, offenbarte sich bereits in der 46. Sitzung der Großen Strafrechtskommission am 13. Juli 1956 ¹⁾, in der bezeichnenderweise nicht das Problem der Strafzwecke,

1) Prot IV 201(219ff);

sondern Fragen der Systematik des Allgemeinen Teils erörtert werden sollten. Wenn auch in jener Sitzung entsprechend der Tagesordnung zunächst die Frage aufgeworfen wurde, ob man § 3 entgegen den Vorschlägen der Sachbearbeiter des Bundesjustizministeriums ¹⁾ nicht doch bescheidener bei dem Abschnitt über die Strafzumessung einfügen sollte ²⁾, so zeigte die Diskussion doch bald, daß es nicht mehr um diese redaktionelle Frage, um den Aufbau und die Systematik des Allgemeinen Teils, die bloße Verschiebung des § 3 in das Gebiet der Strafzumessung ging, sondern daß im Brennpunkt der Auseinandersetzung der Inhalt des § 3 stand. Jetzt war für manches Mitglied der Kommission der Zeitpunkt zum Angriff gegen § 3 gekommen, den es nicht zu versäumen galt, sollte das Schuldprinzip in seiner "extremen" Form nicht unabänderliche Gestalt annehmen. Denn hätte man lediglich über die Frage diskutiert und darüber entschieden, ob § 3 in den Grundsatzabschnitt oder bei der Strafzumessung einzuordnen sei, so hätte daraus nachträglich leicht eine stillschweigende Billigung des materiellen Gehalts des § 3 und damit eine Anerkennung der Rahmentheorie entnommen werden können. Deshalb galt es, bereits in jener 46. Sitzung, sowie in der 51. Sitzung am 6. Dezember 1956 ³⁾, die ursprünglich ebenfalls die - nun abschließende - Beratung zur Systematik des Allgemeinen Teils zum Gegenstand haben sollte, gegen die sachliche Richtigkeit des § 3 vorzugehen.

Die Angriffe gegen die Rahmenformulierung reichten dabei in der Skala von der zunächst durch keine Begründung untermauerten Behauptung, § 3 sei inhaltlich unrichtig ⁴⁾, bis zu einzelnen detaillierten Argumenten. Zu den erhobenen Einwänden wird im folgenden nur Stellung genommen, wenn die

1) Vorschläge und Bemerkungen der Sachbearbeiter des Bundesjustizministeriums, Prot IV, Umdruck J 37, Anhang Nr. 35, S. 511ff; Dreher Prot IV S. 219ff;

2) Baldus Prot IV 224; s. a. Welzel Prot IV 222;

3) Prot IV S. 345 (358ff);

4) Eb. Schmidt Prot IV S. 224, 360;

betreffenden Argumente nicht unmittelbar mit der Rahmentheorie zusammenhängen und daher in dem selbständigen Kapitel über die Spielraumtheorie nicht besonders gewürdigt werden. Im übrigen begnügen wir uns hier mit einer Wiedergabe der geltend gemachten Zweifel, da diese Fragen später noch eingehend erörtert werden müssen.

Ein Argument gegen die Beibehaltung des § 3 sah man in der sich aus der Legalisierung der Rahmentheorie ergebenden Gefahr, daß jede zukünftige Entwicklung beschränkt, jede spätere Ausweichmöglichkeit dadurch verbaut werden würde. Zwar läßt sich diese Ansicht nicht dadurch entkräften, daß § 3 S. 2 nicht notwendigerweise die Spielraumtheorie gesetzlich fixiere, sondern auch mit einer anderen kriminalpolitischen Theorie vereinbar sei ¹⁾ und somit alle Wege noch offen halte. Denn wenn man den eindeutigen Wortlaut der Vorschrift, die Gedanken ihrer Schöpfer ²⁾ und auch die richtige Einstufung, die diese Bestimmung in der Lehre erhalten hat ³⁾, berücksichtigt, kann man überhaupt zu keiner anderen Deutung als zur gesetzlichen Fixierung der Spielraumtheorie kommen. Was jedoch das Argument betrifft, es müsse eine gesetzliche Fixierung einer bestimmten Strafzwecktheorie vermieden werden, so fragt es sich, ob ein manchmal fast als Indifferenz anmutendes Schweigen des Gesetzgebers, ein Alles-in-der-Schwebe-Lassen, wirklich so wünschenswert ist. Denn wenn der Gesetzgeber keine Orientierungspunkte aufstellt, geschweige denn ein Bekenntnis zu dieser grundsätzlichen Frage ablegt, so vermag er das eigentliche Ziel einer Reform schwerlich zu erreichen; statt den gordischen Knoten, auf dessen Entwirrung die Praxis seit über einem halben Jahrhundert wartet, zu lösen,

1) Baldus Prot IV 361; Bockelmann Prot IV 361;

2) s. Dreher Prot IV 220: "...Rahmentheorie, zu der sich § 3 bekennt..."; Mezger Prot IV 360: "Demgegenüber steht hier der Rahmen der Schuldstrafe fest".

3) Vgl. etwa Schröder 36 vor § 13;

würde er weiterhin alles jeder Spekulation zugänglich halten, die Lösung der jeweiligen persönlichen Meinung des einzelnen Richters anheim stellen und somit Gefahr laufen, daß zumindest für die Praxis durch die Entscheidung eines oberen Gerichtes fixiert wird, wozu er selbst als kompetentes Organ nicht den Mut und die Entschlossenheit aufgebracht hat.

Um eine Überprüfung und Revidierung des § 3 zu erreichen, führte man ferner den Gedanken in die Debatte, wie denn der Richter unter Zugrundelegung der Rahmentheorie im Einzelfall zu entscheiden habe, wenn lediglich Schuldgesichtspunkte existierten, spezial- und generalpräventiven Strafzwecken aber gerade keine Bedeutung beizumessen sei, so daß diese nicht zu einer näheren Konkretisierung der Rahmenstrafe herangezogen werden könnten ¹⁾. Darüberhinaus stehe der Spielraumtheorie das theoretische Hindernis entgegen, daß sie zwar die Existenz einer bestimmten Schuldstrafe leugne, gleichzeitig aber von bestimmten Anfangs- und Endpunkten der Rahmenstrafe spreche. ²⁾ Ferner wurde die Befürchtung geäußert, § 3 könne zu einer Unzahl von Revisionen führen ³⁾.

Bedenken konnten aber auch daraus erwachsen, daß der Begriff der Schuld noch keineswegs geklärt war. Es verhielt sich geradezu so, daß viele Mitglieder der Kommission unter "Schuld" jeweils etwas anderes zu verstehen schienen - sei es reine Tatschuld, sei es Tatschuld unter Einbeziehung gewisser Persönlichkeitskomponenten, sei es Persönlichkeits-, Charakter- oder Lebensführungsschuld - , so daß letztlich

1) Dreher Prot IV 362;

2) Dreher aaO;

3) Rösch Prot IV 228;

über den Inhalt des § 3 nicht die geringste Einigkeit bestand ¹⁾. Diese Gegensätze konnten umso eher aufbrechen, als man glaubte, § 3 und § 62 stünden in einem Spannungsverhältnis zueinander, da § 3 auf die Idee der Tatschuld hinweise, während § 62 infolge der Berücksichtigung des Vorlebens und des Verhaltens des Täters nach der Tat die Tendenz zu einer Abkehr von der Tatschuld innewohne.

III. §2/2 des Entwurfs 1958: Das Schuldüberschreitungsverbot.

1. Die Entstehung des §2 S.2 des Entwurfs 1958.

Die Vielzahl der gegen die Rahmenschuld des § 3 erhobenen Bedenken, die das eigentliche Thema der 51. Sitzung, "Systematik des Allgemeinen Teils", hatte verblassen lassen, zwang zur Bildung einer Unter-Kommission, der die Aufgabe einer genauen Prüfung des § 3 zuteil wurde und die in der 52. Sitzung am 7. Dezember 1956 ¹⁾ sechs von G a l l a s näher erörterte Alternativvorschläge vorlegte ²⁾.

Die 1. Alternative baute mit ihrer Formulierung

- Die Strafe soll dem Maß der Schuld entsprechen. In diesem Rahmen dient sie der Bewährung der Rechtsordnung, der Wiedereingliederung des Täters in die Gemeinschaft und dem Schutz der Allgemeinheit -

auf dem Gedanken der Rahmentheorie auf und bedeutete letztlich nichts anderes als eine stilistisch leicht abgeänderte Weiterführung des § 3 "a.F.". Abgesehen davon, daß diesem Vorschlag gleichfalls entgegengehalten werden konnte, daß

1) Prot IV S.375(381ff);

2) Prot IV, Umdruck U 38, Anhang Nr.58, S.582; Gallas Prot IV S.381ff;

der Gesetzgeber dem Richter gegen dessen gewissensmäßige Überzeugung nicht eine bestimmte Schuldtheorie aufzwingen dürfe und daß man sich unter der gerechten Strafe keine "Strecke" vorstellen könne, belastete sich diese Alternative noch zusätzlich mit der Aufnahme der Worte "Bewährung der Rechtsordnung". Zu Recht dürfte dieser Begriff manchem zu verschwommen und zu nichtssagend erscheinen ¹⁾; sollte er hingegen den Gedanken des gerechten Ausgleichs und der sozial-ethischen Funktion der Strafe ausdrücken - wie es offenbar auch gedacht war ²⁾ -, so drängt sich die Frage auf, ob es der Einfügung solcher Formulierungen nach dem klaren Bekenntnis zur Schuldstrafe in § 3 Satz 1 überhaupt noch bedurfte. Eine Verbesserung des alten § 3 dürfte dieser 1. Lösungsvorschlag wohl schwerlich bedeutet haben, so daß dem noch schwankenden, unentschlossenen Teil der Mitglieder die von manchem gewünschte Distanzierung von der Rahmentheorie leicht gemacht wurde.

Die 2. Alternative

- Die Strafe soll die Schuld des Täters gerecht ausgleichen, außerdem ihn wieder in die Gesellschaft eingliedern, die Allgemeinheit vor dem gefährlichen Täter schützen, Straftaten anderer verhüten und die Rechtstreue fördern. -

wollte die einzelnen Strafzwecke nebeneinander aufzählen, gleichzeitig aber den Gedanken des gerechten Ausgleichs betonen ³⁾, was man andeutungsweise aus der Voranstellung

1) Baldus Prot IV 384; Skott Prot IV 383;

2) Gallas Prot IV 381f; Koffka Prot XII 58;

3) Fritz Prot IV 361, 382, 386; Gallas Prot IV 382;

an die Spitze der Vorschrift, sowie aus dem Wörtchen "außerdem" zu ersehen vermochte. Eine derart blasse Hervorhebung des Schuldgedankens konnte jedoch nicht darüber hinwegtäuschen, daß dieser Vorschlag äußerst nahe an eine Vereinigungstheorie "reinsten Wassers" ¹⁾ heranzureichen drohte.

Die 3. Alternative

- Die Strafe dient der Bewährung der Rechtsordnung, dem Schutz der Allgemeinheit und der Wiedereingliederung des Täters in die Gemeinschaft. Sie darf das Maß seiner Schuld nicht übersteigen.-

begann zwar ebenfalls in Satz 1 mit einer bloßen Aneinanderreihung der einzelnen Strafzwecke, stellte aber in dem entscheidenden 2. Satz durch das Verbot der Überschreitung der durch die Schuld gebotenen Strafe deutlich den gerechten Schuldausgleich als beherrschenden Gedanken in den Vordergrund. Dieses Prinzip des Überschreitungsverbots ist das eigentlich Neue, das uns die Unter-Kommission beschert hat und das sich damals als besonders zukunftssträchtig zu erweisen schien. Denn damit gedachte man die berühmten zwei Fliegen auf einmal zu schlagen: Zunächst war dieser Vorschlag nicht den gleichen Angriffen ausgesetzt wie die Rahmentheorie, da er von der Vorstellung ausging, daß es nur eine einzige gerechte, punktförmige Schuldstrafe und nicht einen ganzen Strafenbereich gebe. Auf der anderen Seite aber konnte man das Schuldprinzip wenigstens nach der entscheidenden Obergrenze hin genauso scharf akzentuiert zum Ausdruck bringen wie bei der Spiel-

1) Dreher Prot IV 362; s. a. Baldus Prot IV 362, 384f;

raumtheorie.

Ebenfalls den Schuldgedanken als obere Grenze des Strafbereichs brachte die 5. Alternative:

- § 3 wird gestrichen. § 2 erhält folgende Fassung:
Wer ohne Schuld handelt, wird nicht bestraft. Die Strafe darf das Maß der Schuld nicht überschreiten. -

Dieser 5. Vorschlag unterschied sich von dem dritten lediglich dadurch, daß er auf die vorhergehende bloße Aufzählung der Strafzwecke aus der Überlegung heraus verzichtete, daß sie sich sowieso aus dem Geist des Gesetzes und aus anderen Bestimmungen ergeben würden. Auch glaubte man, durch das Unterlassen der Nennung der Strafzwecke leichter der als nicht erstrebenswert erachteten Festlegung auf irgendeine Straftheorie zu entgehen. Die Nachteile und Bedenken, die wegen des ausdrücklichen Verbotes der Überschreitung der Schuldgrenze im Hinblick auf eine nicht erwünschte Revisibilität der Vorschrift bereits damals in der 52. Sitzung anklagen ¹⁾, sollen im Zusammenhang mit der Auseinandersetzung um die Abschaffung des inzwischen dann gutgeheißenen Vorschlags erörtert werden.

Die 4. Alternative,

- § 3 wird gestrichen. § 2 erhält folgende Fassung:
Wer ohne Schuld handelt, wird nicht bestraft. Die Strafe soll dem Maß der Schuld entsprechen. -

für dessen Satz 2 dann W e l z e l eine leicht abgewandelte

1) Jescheck Prot IV 384; Fränkel Prot IV 385; Baldus Prot IV 384; Gallas Prot IV 385; Koffka Prot IV 384; Schafheutle Prot IV 386; Schäfer Prot IV 383.

Fassung vorschlug ¹⁾, verzichtete gleichfalls auf eine Erwähnung der Strafzwecke, brachte als Novum aber den Schuldgedanken als Inhalt des Strafbegriffs. Diese Lösung erachtete man teilweise deshalb nicht für besonders glücklich, weil sie den Schuldgedanken allzusehr in den Mittelpunkt rückte und leicht den Eindruck erwecken konnte, als sei den präventiven Strafzwecken jede Einflußnahme auf die Entscheidung abzusprechen. Ferner hielt man es für notwendig, dem Richter durch das Gesetz die Möglichkeit zu eröffnen, in gewissen Fällen hinter der durch die Schuld gebotenen Strafe zurückzubleiben.

Der 6. Vorschlag, der eine ersatzlose Streichung des § 3 vorsah, ging zwar jedem Irrtum ²⁾, aber auch jeder Schwierigkeit aus dem Wege, ohne dabei dem Richter bei seiner komplizierten Aufgabe auch nur die geringste Hilfestellung zu geben.

Die Kommission entschied sich bei der Abstimmung am 7. Dezember 1956 aus den oben erwähnten Gründen für die 5. Alternative, die als § 2 in den "Entwurf des Allgemeinen Teils des Strafgesetzbuches nach den Beschlüssen der Großen Strafrechtskommission in 1. Lesung" einging ³⁾. Für den Fall, daß der Grundsatzabschnitt sich über die Strafzwecke näher aussprechen sollte, empfahl die Kommission die 3. Alternative ⁴⁾, die aber hinsichtlich des entscheidenden Punktes, nämlich des Überschreitungsverbot der Schuldgrenze, mit

1) Welzel Prot IV 386: ...Die Schwere der Schuld ist das Maß der Strafe.

2) Lange Prot IV 383;

3) Prot IV 387; Abstimmungsergebnis: 12 Stimmen für die 5. Alternative, 9 Stimmen für die 3. Alternative, keine Stimme für die 4. Alt. in der ursprünglichen Fassung, jedoch 3 Stimmen in der von Welzel vorgeschlagenen Fassung, 2 Stimmen für die 6. Alternative und 1 Stimme für die 2. Alternative;

4) Prot IV 387f;

der 5. Alternative voll übereinstimmte.

2. Die Einwände gegen das Schuldüberschreitungsverbot.

Schon in der Zeit bis zur 2. Lesung des Entwurfs im Jahre 1959 stellte sich heraus, daß § 2 Satz 2 auf heftigen Widerstand stoßen würde, sollte an seinem bisherigen Wortlaut festgehalten werden. Neben einer Reihe von Mitgliedern der Kommission selbst ¹⁾, die entsprechende Änderungsanträge vorlegten, und neben der "Arbeitsgemeinschaft für die Reform des Strafvollzugs" ²⁾ forderten nahezu alle Justizverwaltungen der Bundesländer ³⁾ die Streichung des § 2 Satz 2.

Einer der wiederholt vorgetragenen Einwände gegen § 2 Satz 2 bestand in dem Vorwurf, daß der Entwurf mit verschiedenen Schuldbegriffen arbeite ⁴⁾: Ob man § 2 Satz 1, § 2 Satz 2 oder die Vorschrift des § 62 herausgreife, stets verstehe der Entwurf unter "Schuld" etwas anderes, was unweigerlich zu einer nicht geringen Verwirrung führen

1) Dünnebier Prot XII, Umdruck II R 3, Anhang A Nr. 4, S. 423f;
Jescheck Prot XII, Umdruck II R 4, Anhang A Nr. 5, S. 436;
Kritte Prot XII, Umdruck II R 7, Anhang A Nr. 7, S. 443;
Welzel Prot XII, Umdruck II R 2, Anhang A Nr. 3, S. 418;

2) Prot XII, Umdruck B 17, Anhang A Nr. 2, S. 416f;

3) Bayern, Berlin, Bremen, Hamburg, Hessen, Niedersachsen, Nordrhein-Westfalen, Rheinland-Pfalz, Saarland und Schleswig-Holstein (s. Prot XII, Umdruck II J 1, Anhang A, S. 466);

4) Landesjustizverwaltungen der Länder Rheinland-Pfalz und Nordrhein-Westfalen (s. Vorschläge und Bemerkungen der Sachbearbeiter des Bundesjustizministeriums, Prot. XII S. 467);

müsse.

Gewiß lag zwischen der Schuld des § 2 Satz 1 und der des § 2 Satz 2 ein Unterschied, da jede Vorschrift ganz andere Fragen behandelte. Während Satz 1 das "Ob" der Strafe und somit die Frage der Vorwerfbarkeit der *t a t b e - s t a n d l i c h e n* Handlung betraf, bezog sich Satz 2 - den man in diesem Zusammenhang besser bei dem Abschnitt über die Strafzumessung hätte einordnen sollen - auf das "Wie", auf das Maß der Strafe, für das nicht allein die bloße dürftige Tatbestandshandlung, sondern noch gewisse, mit der Tat nahe zusammenhängende außertatbestandliche Umstände entscheidend sind, aus denen erst der *U m f a n g* der Vorwerfbarkeit im Einzelfall geschlossen werden kann ¹⁾. Daß man bei der Strafzumessung für die Feststellung der Höhe der Schuld das Rankwerk um die eigentliche Tatbestandshandlung, etwa die Art der Ausführung der Tat oder die Motivation des Täters, zu beachten hat, ist Allgemeingut der Strafrechtswissenschaft ²⁾, so daß die Verwendung des gleichen Wortes "Schuld" - mochte auch der Text des Entwurfs nicht ausdrücklich auf Differenzierungen hinweisen - schwerlich zu Unsicherheiten und Verwirrungen hätte führen können.

Ferner glaubte man, daß § 2 Satz 2, der auf die Einzeltatschuld d.h. die allein auf die abzuurteilende Tat bezogene Schuld des Täters abstellte, im Widerspruch mit § 62 des Entwurfs stünde, da aus dem Gebot, das Vorleben des Täters zu berücksichtigen, auf eine bei der Strafzumessung in die Waagschale zu werfende Persönlichkeitsschuld des Täters zu

1) s.a. Vorschläge und Bemerkungen der Sachbearbeiter des Bundesjustizministeriums, Prot XII, S. 467; Simon Prot XII 56; Krille Prot XII 443;

2) s. ausführlich dazu unten S. 123ff.

schließen sei ¹⁾. Ganz abgesehen davon, daß sich § 2 Satz 2 durch das an sich in jeder Richtung auslegungsfähige Wort "Schuld" nicht ausdrücklich festlegte, wurde die Behauptung, § 62 des Entwurfs begründe eine Lebensführungsschuld, einfach als richtig unterstellt und zum Angriff gegen § 2 Satz 2 benutzt, während sich bei näherer Untersuchung der Gedanke der Lebensführungsschuld und auch seine Ableitung aus § 62 als unhaltbar erweist ²⁾. § 62 wollte durch die Erwähnung des Vorlebens des Täters und seines Verhaltens nach der Tat lediglich darauf hinweisen, daß die Persönlichkeit des Täters zu erforschen und insoweit zu berücksichtigen sei, als sie in der Tat zum Ausdruck gekommen ist.

Die Legalisierung des Überschreitungsverbots der Schuldgrenze hielt man auch deshalb für unangebracht, weil man diesen Grundsatz in den weiteren Vorschriften des Entwurfs nicht konsequent durchgehalten sah und zumindest Spannungen mit den §§ 53 Satz 2, 179 II, 206, 355 II, 424 V, 432 IV E 1959 I und auch mit § 5 WStG festgestellt zu haben glaubte ³⁾. Selbst wenn aber diese Friktionen bestanden haben sollten, worüber man zweifeln kann ⁴⁾, so läßt sich die Ablehnung einer bestimmten Strafzwecktheorie doch schwerlich damit begründen, daß es diese Theorie unterlasse, auf einen Absolutheitsanspruch zu pochen, und daß sie mit Rücksicht auf die besonderen Funktionen anderer Vorschriften dann in dem Bereich dieser Bestimmungen einem anderen Strafzweck erhöhte Bedeutung einräume. Die Aufgabe der von den Römern zu Recht "iurisprudentia", nicht aber "iuris-scientia" genannten Rechtswissenschaft liegt nicht in der unterschiedslosen, automatischen Anwendung einer juristischen

1) Jescheck Prot XII 52f. 436;

2) S. dazu unten S. 117ff

3) Dreher Prot XII 45; Jescheck Prot XII 53, 436; Rösch Prot XII 56; Welzel Prot XII 419; Vorschläge und Bemerkungen der Sachbearbeiter des Bundesjustizministeriums, Prot XII S. 467;

4) Vgl. Dreher Prot XII 45;

Konstruktion auf jede denkbare Möglichkeit, sondern in der lebensgerechten Bewältigung der im einzelnen Fall gestellten Aufgabe. Der Gesetzgeber kann daher sogar die Pflicht haben, für manche Fälle aus Gerechtigkeitserwägungen oder aus kriminalpolitischen Gesichtspunkten die Durchbrechung eines vorher aufgestellten Grundsatzes anzuordnen und von einer restlos konsequenten Durchführung eines bestimmten Systems zugunsten einer geschmeidigeren Regelung abzusehen¹⁾. Besonders augenfällig wird dies etwa bei den objektiven Bedingungen der Strafbarkeit, wie etwa der Rechtmäßigkeit der Amtshandlung beim Widerstand gegen die Staatsgewalt, wo aus kriminalpolitischen Bedürfnissen - der Notwendigkeit des reibungslosen Wirkens rechtmäßig ausübter staatlicher Gewalt gegen Störungen - die Verbindung zum Vorsatz des Täters nicht zu bestehen braucht²⁾. Ähnlich verhält es sich mit der Gültigkeit der Anordnung im Fall der Aufforderung zum Ungehorsam³⁾, mit der Rechtmäßigkeit der Aufforderung im Fall des Auflaufs⁴⁾ und der Rechtmäßigkeit der Diensthandlung beim Verstrickungs- und Siegelbruch⁵⁾. In jenen Sonderfällen kann daher aus der Natur der Sache heraus das Schuldprinzip nicht konsequent durchgehalten werden. Hier ist aber noch zusätzlich zu beachten, daß der Entwurf bei schuldloser irriger Annahme der Rechtswidrigkeit der Anordnung oder der Amtshandlung die bisherige starre Regelung sogar abschwächte und eine Strafmilderung oder ein Absehen von Strafe vorsah⁶⁾. Damit erstrebte er, soweit

1) Vgl. Bockelmann Prot XII 47, 53f; Lang-Hinrichsen, Gutachten S. 71; Erik Wolf, Problem der Naturrechtslehre, 1955, S. 107;

2) z. B. RG 55, 166; 60, 342; 72, 301; BGH 4, 161; BGH VRS 19, 188; BayObLG 1951, 378; OLG Neustadt NJW 62, 167; Arndt LM 5/§ 113; Maurach BT 552; Werner LK § 113/Vi;

3) § 297 II E 1959 I = § 291 II E 1959 II; s. a. Begründung E 1959 II S. 463;

4) § 303 II E 1959 I = § 297 II E 1959 II; s. a. Begründung E 1959 II S. 469;

5) § 432 III E 1959 I = § 427 III E 1959 II u. Begr. S. 613;

6) §§ 297 III, 303 III, 424 V, 432 IV E 1959 I;

es in diesem Bereich überhaupt vertretbar ist, eine früher nie gesehene Kongruenz mit dem Schuldprinzip, so daß diese Bestimmungen bei näherer Betrachtung den Gedanken des § 2 eher unterstützten als im Widerstreit dazu standen, wie es zuweilen angenommen wurde.

Außerdem dachte man, daß § 2 S. 2 etwas vorspiegele, was in Wirklichkeit nicht realisierbar sei: Die Formulierung "Die Strafe darf das Maß der Schuld nicht überschreiten" erwecke den Eindruck, als sei das Maß der Schuld exakt feststellbar, als könne man die Größe der Schuld wie an einem Zollstock ablesen.¹⁾ Als Folge davon könnte sich eine Unzahl von Revisionen ergeben, die alle mit der Begründung eingelegt würden, die genaue Größe der Schuld stimme nicht mit der vom Tatrichter ermittelten Schuld überein²⁾.

Die Befürchtung, § 2 Satz 2 erfordere etwas Unmögliches vom Richter, dürfte jedoch unbegründet gewesen sein: Seinem ganzen Sinn nach wollte Satz 2 nicht dokumentieren, daß es ein Leichtes sei, die Schuld mit mathematischer Exaktheit aufzufinden, sondern es sollte dem Richter verboten werden, die von ihm als richtig erkannte Schuldstrafe nachträglich besonders zu erhöhen, nur weil es der Gedanke der Abschreckung oder der Resozialisierung im Einzelfall erfordern könnte. Daher hätte eine Revision auch nicht mit Erfolg darauf gestützt werden können, daß die vom Tatrichter unter einwandfreier Berücksichtigung aller maßgeblichen Umstände ausgeworfene Schuldstrafe nicht die richtige sei, sondern vielmehr der Täter eine andere

1) Landesjustizverwaltungen von Hamburg, Rheinland-Pfalz und Schleswig-Holstein: Prot XII 467; Vorschläge und Bemerkungen der Sachbearbeiter des Bundesjustizministeriums Prot XII 467; Dreher Prot XII 44, 50; Dünnebieber Prot XII 49, 424; Rösch Prot XII 56; Simon Prot XII 56; Wilkerling Prot XII 57;

2) Landesjustizverwaltungen der Länder Bayern, Hamburg, Niedersachsen u. Saarland: Prot XII 467; Vorschläge und Bemerkungen der Sachbearbeiter des Bundesjustizministeriums, Prot XII 467; Simon Prot XII 56; Wilkerling Prot XII 57; s. a. Dreher Prot XII 44; Jescheck Prot XII 436;

Strafe für seine Schuld verdiene. Revisibel wäre nur das ausdrückliche Verbot des § 2 Satz 2 geworden: Also Aufhebung des Urteils, wenn sich aus den Gründen ergeben würde, der Täter verdiene zwar nur eine Strafe von 10 Monaten Gefängnis, da er aber wieder ein ordentlicher Mensch werden müsse und dazu eine höhere Strafe brauche, sei auf eine Strafe von einem Jahr Gefängnis erkannt worden. Eine Flut von Revisionen hätte daher kaum einsetzen können, bzw. sie wäre mit den ersten höchstgerichtlichen Entscheidungen radikal gestoppt worden, die Revisionen verworfen hätten, mit denen allein geltend gemacht worden wäre, daß die vom Tatrichter festgestellte Schuld von der angeblich richtigen Schuld etwas abweiche ¹⁾.

Wenn damit auch mancher dogmatischer Einwand gegen § 2 Satz 2 erhoben wurde, so kann hier doch nicht deutlich genug der entscheidende Grund herausgestellt werden, der im Mittelpunkt aller Abänderungsbestrebungen stand und der die vorgebrachten dogmatischen Bedenken unwillkürlich als Hilfsargumente erscheinen ließ: Das Hauptanliegen bestand darin, bei manchen Taten die Möglichkeit zu haben, die schuldangemessene Strafe aus Gründen der allgemeinen Abschreckung zu überschreiten ²⁾. Mag man dabei in erster Linie auch an alltägliche Vergehen gedacht haben, wenn sie - wie heute die alkoholbedingten Straßenverkehrsdelikte - wie eine Seuche auftreten, so wird doch nicht ganz die Vermutung von der Hand zu weisen sein, daß man auch gewillt war ³⁾, in gewissen politischen Strafsachen, vielleicht mit Rücksicht auf die Bewertung der Bundesrepublik im Ausland ⁴⁾, die generalpräventiven Gründe betonen zu können. Für die Notwendigkeit dieser kriminalpolitischen Zweckmäßigkeitserwägungen wurde mit solcher Eindringlichkeit plädiert, daß die dogma-

1) Vgl. auch Dreher Prot XII 44; Gallas Prot IV 385; Jescheck Prot IV 384; Koffka Prot IV 384; Lange Prot XII 57;

2) So bes. d. Landesjustizverwaltung Hamburg, Prot XII 467; Dreher (Erläuterung der Vorschläge des Bundesjustizministeriums) Prot XII 45; Simon (für das Land Nordrhein-Westfalen) Prot XII 56;

3) Vgl. Simon Prot XII 56;

4) s. a. Lange Prot XII 58;

tischen und daher etwas nüchternen Begründungen zu verblässen drohten, mit denen eine Beschränkung der Strafhöhe durch die Schuld aus Gründen der Rechtssicherheit gefordert ¹⁾ oder zumindest die Frage aufgeworfen wurde, ob nicht das Verbot der Bestrafung über das Maß der Schuld hinaus geradezu als Verfassungsgrundsatz zu bezeichnen sei ²⁾.

Aber nicht allein aus generalpräventiven Gründen, sondern ebenfalls aus spezialpräventiven Gründen erstrebte man die Aufhebung des § 2 Satz 2. Am deutlichsten kommt dies in der Entschließung der "Arbeitsgemeinschaft für die Reform des Strafvollzugs" ³⁾ zum Ausdruck: "Sie (die Arbeitsgemeinschaft) befürchtet, daß damit den Gerichten weiterhin der Mut genommen wird, auf Strafzeiten zu erkennen, die für die resozialisierungsbedürftigen Täter im Vollzug erzieherisch ausreichen". Aber auch sonst drückt der wiederholt geäußerte Gedanke, die Vorschrift des § 2 S. 2 sei unhaltbar, weil damit den anderen Strafzwecken nur eine negative Funktion zuteil werde ⁴⁾, die Forderung aus, die Strafe müsse die Resozialisierungsbedürftigkeit des Täters stärker berücksichtigen, so daß notfalls eine Überschreitung der Schuldgrenze unumgänglich sei. Wir sehen also überall den Wunsch, entweder zum Zweck der Allgemeinabschreckung oder zur Sicherung des Täters ⁵⁾ oder zu seiner Wiedereingliederung in die Gemeinschaft die durch die Schuld gebotene Strafe überschreiten zu dürfen.

In einem gewissen Zusammenhang mit den zuletzt erörterten Argumenten stand der Einwand, die Vorschrift des

1) s. Baldus Prot XII 52; Fritz Prot XII 49; Koffka Prot XII 58; Lange Prot XII 50;

2) Gallas Prot XII 54;

3) Prot XII, Umdruck B 17, Anhang A Nr. 2, S. 417;

4) Dreher Prot XII 45;

5) Vgl. Dünnebier Prot XII 424 (s. a. Prot XII 467): Die Strafe müsse bei willensschwachen Psychopathen, bei denen geringere Schuld vorliege, erhöht werden, um sie vor weiteren Taten abzuhalten und die Gesellschaft vor Straftaten zu bewahren.

§ 2 Satz 2 lasse durch ihre Formulierung "...darf das Maß der Schuld nicht überschreiten" den Gedanken aufkommen, es sei umgekehrt eine *s c h r a n k e n l o s e* Unterschreitung, somit eine zu weite Entfernung von der Schuld und eine restlose Aufweichung einer gerechten Strafzumessung gestattet ¹⁾. Zunächst sind aber Fälle sehr selten, in denen in der Praxis die anderen Strafzwecke ein derartiges starkes Abweichen von der Schuldstrafe fordern könnten ²⁾. Außerdem war nach dem Entwurf die Verhängung einer Geldstrafe an der Stelle einer an sich verwirkten Freiheitsstrafe und auch die von rein spezialpräventiven Erwägungen getragene Strafaussetzung zur Bewährung *n u r* vorgesehen, wenn das Maß der Schuld nicht entgegenstand ³⁾, so daß eine Auslegung des § 2 Satz 2 in Richtung auf eine *m a ß l o s e* Unterschreitung der Schuldstrafe schon nach der ganzen *G r u n d k o n - z e p t i o n* des Entwurfs abwegig gewesen wäre.

Im Endergebnis offenbarte sich also die Auseinandersetzung um die Beibehaltung oder Abschaffung des § 2 Satz 2 als der altbekannte Kampf um die Betonung und Akzentuierung der verschiedenen Strafzwecke. Diese Auseinandersetzung mußte unweigerlich erfolgen, da die Verfechter der Präventivgedanken, die vielleicht kurze Zeit geglaubt haben mochten, mit der Beseitigung der auf die Spielraumtheorie hinweisenden früheren Fassung einen Sieg errungen zu haben, in Wirklichkeit damals ihre Position verschlechtert hatten: Denn bei der Rahmentheorie gestand man der Schuldstrafe von vornherein einen weiten Bereich zu, so daß eine durch präventive strafscharfende Überlegungen mitbestimmte und verhältnismäßig hohe Strafe dogmatisch

1) Bemerkungen der Sachbearbeiter des Bundesjustizministeriums, Prot XII 468; Dreher Prot XII 45; Simon Prot 56;

2) So etwa wenn der Täter vor vielen Jahren ein schweres Delikt begangen hat, sich anschließend bis zu seiner Entdeckung aber einwandfrei geführt hat. Dagegen wird bei der Tat eines bisher unbescholtenen Menschen nicht nur eine geringere Resozialisierungsbedürftigkeit, sondern auch eine geringere Schuld vorliegen.

3) § 58, § 75 I E 1959 I;

durch den weiten Schuldrahmen gerade noch gehalten werden konnte. Jetzt aber war mit der Annahme einer punktförmigen Schuldstrafe infolge des Überschreitungsverbot es den Präventivzwecken jeder erhebliche, d.h. strafscharfende Einfluß genommen.

IV. § 60 I des Entwurfs 1962: Die Schuld als Grundlage der Strafe.

1. Die Entstehung des § 60 I.

Die Vielzahl der gegen § 2 Satz 2 erhobenen Bedenken ließ erwarten, daß die Entscheidung der Kommission über die Beibehaltung oder Abschaffung der Vorschrift keineswegs einstimmig erfolgen würde. Das Bundesjustizministerium hatte für die Abstimmung 3 Alternativvorschläge unterbreitet ¹⁾; Die 3. Alternative

-§ 2: Wer ohne Schuld handelt, wird nicht bestraft.

§ 2a: Die Strafe dient dazu, die Rechtsordnung zu bewahren, den Täter in die Gemeinschaft einzugliedern und die Allgemeinheit zu schützen. Sie darf das Maß der Schuld nicht überschreiten.-

hielt an dem Überschreitungsverbot der schuldangemessenen Strafe fest und unterschied sich von dem früheren § 2 S. 2 lediglich dadurch, daß sie die anderen zu beachtenden Strafzwecke ausdrücklich in die Vorschrift aufnahm, um einem möglichen schrankenlosen Unterschreiten der Schuldstrafe entgegenzuwirken.

Die 1. und 2. Alternative hingegen beseitigten das Schuldüberschreitungsverbot und ersetzten es durch die we-

1) Prot XII 465ff;

niger rigorose Forderung, daß die Schuld des Täters die Grundlage für die Zumessung der Strafe bilden müsse. Die 1. Alternative lautete:

- § 62: Grundlage für die Zumessung der Strafe ist die Schuld des Täters. Das Gericht berücksichtigt auch die Aufgaben der Strafe (§ 2a).
- § 2a: Die Strafe dient dazu, die Rechtsordnung zu bewahren, den Täter in die Gemeinschaft einzugliedern und die Allgemeinheit zu schützen.

Damit stellte dieser Vorschlag den entscheidenden Satz seinem Zusammenhang entsprechend in den Abschnitt über die Strafzumessung, während die Aufgaben der Strafe in einem an der Spitze des Entwurfs stehenden Programmsatz aufgenommen werden sollten.

Die 2. Alternative

- § 62: Grundlage für die Zumessung der Strafe ist die Schuld des Täters. Das Gericht berücksichtigt auch die Aufgaben der Strafe, die Rechtsordnung zu bewahren, den Täter in die Gemeinschaft einzugliedern und die Allgemeinheit zu schützen.-

brachte hingegen die übrigen Strafzwecke im Anschluß an die Vorschrift, daß die Schuld die Grundlage für die Zumessung der Strafe sein müsse. Dies geschah, da § 62 I 1 ja als Strafzweckvorschrift aufzufassen war, hauptsächlich deswegen, um Zusammenhänge nicht zu zerreißen.

Die Kommission entschied sich in der 116. Sitzung am 10. März 1959 ¹⁾ nach heftiger Diskussion mit der denkbar geringsten Mehrheit, mit 11 gegen 9 Stimmen, für die Abschaffung des § 2 Satz 2, der durch eine Regelung im Sinne der 2. Alternative ersetzt werden sollte. Die entscheidende Formulierung "Grundlage für die Zumessung der Strafe ist die Schuld des Täters" ging als § 62 I in den Entwurf 1959 II und als § 60 I in den Entwurf 1962 ein. Lediglich auf die zusätzliche Auf-

1) Prot XII 61;

zählung der Strafzwecke wurde verzichtet, nachdem man sich in der 121. Sitzung am 17. März 1959 ¹⁾ auf einen der hier nicht weiter interessierenden Vorschläge der Unterkommision ²⁾ geeinigt und sich damit begnügt hatte, die einzelnen Strafzwecke in den Vorschriften über die Verhängung von Geldstrafen neben Freiheitsstrafen ³⁾ bzw. von Geldstrafen anstelle von Freiheitsstrafen ⁴⁾, über den Ausschluß der Strafaussetzung zur Bewährung ⁵⁾ und über die Möglichkeit des Vikarierens ⁶⁾ zu erwähnen. Wegen des Fehlers der übrigen Strafzwecke in § 60 I Entwurf 1962 stellt sich diese Strafzweckvorschrift daher eigentlich als ein Torso dar. Da aber an anderen Stellen des Entwurfs die präventiven Funktionen der Strafe wenigstens erwähnt werden, bedeutet es keinen unmittelbaren Nachteil, daß sie in § 60 I nicht nochmals zusammenfassend niedergelegt sind.

2. Ergebnis.

Mit der Beseitigung des Schuldüberschreitungsverbots und der Formulierung des § 60 Absatz 1 des Entwurfs 1962 war es gelungen, die Legalisierung des Schuldprinzips in seiner extremen Form zu verhindern, das in der Tat eine Reform dargestellt hätte und im Hinblick auf präventive Gedanken dringend erforderlich gewesen wäre. Stattdessen hielt man an dem bisherigen Zustand fest; man beeilte sich zwar,

1) Prot XII 238ff.

2) Prot XII, Anhang A Nr. 20, S. 471f; Dreher Prot XII 240.

3) § 57 E 1959 II.

4) § 58 E 1959 II; § 53 I E 1962: "...wenn zu erwarten ist, daß sie genügen wird, dem Täter zur Warnung zu dienen, und weder seine Schuld noch die Aufgabe der Strafe, Straftaten entgegenzuwirken, eine Freiheitsstrafe erfordern."

5) § 75 E 1959 II; § 72 E 1962: "Strafaussetzung wird nicht angeordnet, wenn die Schuld des Verurteilten oder die Aufgabe der Strafe, Straftaten entgegenzuwirken, die Vollstreckung gebietet."

6) § 92 E 1959 II; § 87 I E 1962: "...und weder die Schuld des Täters noch die Aufgabe der Strafe, Straftaten entgegenzuwirken, die vorherige Vollstreckung der Strafe gebieten."

die Schuld als obersten Gesichtspunkt für die Strafzumessung anzuerkennen, räumte aber im gleichen Atemzug anderen Gesichtspunkten die Macht ein, von diesem obersten Prinzip in gewissem Umfang abzuweichen. Während § 2 S.2 des Entwurfs 1958 es noch streng verboten hatte, die Schuldstrafe aus präventiven Strafzwecken heraus zu überschreiten, wollte man mit der Strafzweckformulierung des Entwurfs 1962 auch die Fälle berücksichtigen, bei denen es als gerecht erscheinen mag, eine Überschreitung des Schuldmaßes zuzulassen, um dadurch eine nachhaltigere Wirkung auf den Täter zu erzielen. Damit wollte man den Schuldgedanken zwar nicht entthronen; das erkannte Antinomieproblem sollte weiterhin zugunsten der Sühneidee entschieden bleiben. Aber man erstrebte eine gewisse Abschwächung gegenüber der im Entwurf 1958 zum Ausdruck gekommenen extremen Betonung der Schuldstrafe. Immerhin muß aber aus der gesamten Entwicklung entnommen werden, daß von der Schuldstrafe nicht zu sehr im Hinblick auf präventive Strafzwecke abgewichen werden sollte. Denn dies würde in einem undenkbaren Gegensatz zu den vorhergegangenen Entscheidungen der Strafrechtskommission stehen und hätte nicht die Zustimmung der Mitglieder der Kommission gefunden. Auch die Begründung des Entwurfs betont daher, daß die Formulierung "Grundlage für die Zumessung der Strafe ist die Schuld des Täters" bedeute, daß die Strafe in ihrem Wesen Schuldstrafe zu sein habe. Zwar könnten präventive Strafzwecke zu einer Erhöhung oder Ermäßigung der schuldangemessenen Strafe führen, jedoch dürfe die Berücksichtigung dieser Aufgaben die Strafe nicht so weit vom Schuldmaß entfernen, daß sie in ihrem Kern nach keine Schuldstrafe mehr sei.¹⁾ Trotz der grundsätzlichen Zulässigkeit, die Schuldstrafe zu über- oder unterschreiten, sind daher dem Einfluß der präventiven Straf-

1) Begründung E 1962 S.96

zwecke verhältnismäßig enge Grenzen gezogen. W a n n allerdings jene Grenzen im Einzelfall überschritten sind und die verhängte Strafe nicht mehr als Schuldstrafe und damit nicht mehr als gerecht angesehen werden kann, wird jeweils der Revisionsrichter entscheiden müssen.

Im Zusammenhang mit einer Auswertung der Kommissionsberatungen muß auch die Frage entstehen, ob jene schuldangemessene Strafe als eine Punkt- oder Rahmenstrafe aufzufassen ist. Berücksichtigt man dabei die gesamte Entwicklung und die einzelnen Formulierungen der Strafzweckvorschrift im Laufe der Beratungen der Großen Strafrechtskommission, so muß man im Hinblick auf die Vereinbarkeit mit der Spielraumtheorie zu folgendem Ergebnis gelangen: § 3 des ersten vorläufigen Entwurfs fixierte eindeutig die Rahmentheorie, die man aber vor der Beschlußfassung keineswegs eingehend erörtert hatte. Das Bestreben der Mehrzahl der Kommissionsmitglieder war in den anschließenden Beratungen darauf gerichtet, die Rahmenformulierung zu beseitigen. Es gelang dies durch die Schaffung des § 2 S. 2 Entwurf 1958, der das Schuldüberschreitungsverbot zum Inhalt hatte. Diese Vorschrift schloß jede Vereinbarkeit mit der Spielraumtheorie von vornherein aus. Denn § 2 S. 2, der ja gerade die Rahmentheorie ablösen sollte, ging davon aus, daß die Schuld eine feste Größe sei, der eine feste Maßzahl der Strafe entspreche. Von dieser einmal durch die Schuld bestimmten Strafe sollte nur abgewichen werden können, wenn präventive Gesichtspunkte eine Unterschreitung der Schuldstrafe fordern würden. Mit der Schaffung des § 2 S. 2 war den Anhängern des Präventivgedankens, die in der Rahmenformulierung die Gefahr einer Einengung der präventiven Strafzwecke erblickten, zwar die Abkehr von der Rahmentheorie gelungen. Jedoch hatten sie im Grunde genommen damit ihre Position verschlechtert, da durch das Schuldüberschreitungsverbot des § 2 S. 2 den präventiven Strafzwecken jeder wirklich erhebliche Einfluß auf die Strafe genommen wurde. Folglich mußte ihr Bestreben im

wesentlichen darauf gerichtet sein, die Beibehaltung der Vorschrift in der 2. Lesung des Entwurfs zu verhindern. Dies gelang mit der Schaffung des § 60 I Entwurf 1962, der eine Bestrafung nur auf der Grundlage der Schuld vorsieht. Damit war die erstrebte Aufweichung des "extremen" Schuldprinzips erreicht, da den präventiven Überlegungen durch § 60 I ein weiterer Anwendungsbereich eingeräumt und auch die Ü b e r schreitung der Schuldstrafe als zulässig angesehen wird. Die Kommissionsmitglieder, denen es in erster Linie um eine stärkere Beachtung der präventiven Strafzwecke gegangen war, nahmen bei der Fassung des § 60 I in Kauf, daß die Formulierung "Grundlage für die Zumessung der Strafe ist die Schuld des Täters" ihrem W o r t l a u t nach mit der Rahmentheorie vereinbar ist. Nachdem aber in den früheren Beratungen die auf die Spielraumtheorie hinweisende Rahmenformulierung des § 3 ausdrücklich aufgehoben worden war, besteht wenig Aussicht, § 60 I dahin auszulegen, als hätten die Mitglieder der Kommission durch ihn die Rahmentheorie wieder auf den Schild heben wollen. Die Begründung des Entwurfs spricht zwar davon, daß § 60 I auch der in der höchstrichterlichen Rechtsprechung vertretenen Auffassung Raum geben wolle, daß für die einzelne Tat verschiedene Strafgrößen innerhalb eines engeren Spielraums im weiteren Bereich des gesetzlichen Strafrahmens als schuldangemessen zu betrachten seien. Denn es lasse sich sehr wohl die Meinung vertreten, daß die Schuld keine feste Größe in einem mathematischen Sinn darstelle, zum mindesten aber nicht in einer festen Maßzahl der Strafe ihre Entsprechung finde.¹⁾ Jedoch darf nicht übersehen werden, daß während der Beratungen der Kommission über die Beseitigung des § 2 S. 2 und die Schaffung des § 60 I n i e m a l s das Argument auftauchte, man müsse durch die Formulierung der Strafzweckvorschrift auch auf die Ansicht Rücksicht nehmen, daß die Schuld und die Schuldstrafe einen Rahmen darstellten. Sämtliche gegen das Schuldüberschrei-

1) Begründung Entwurf 1962 S. 96

tungsverbot erhobenen Einwände, die oben im einzelnen dargelegt worden sind, enthielten mit keinem Wort die Forderung, mit der neuen Strafzweckbestimmung müsse die Spielraumtheorie vereinbar sein. Aus diesen Gründen ist es mehr als zweifelhaft, ob § 60 I nach seiner gesamten Entstehungsgeschichte noch im Sinne der Rahmentheorie ausgelegt werden kann.

§ 2: Die Spielraumtheorie.

Wenn § 60 I nach seiner Entstehungsgeschichte auch schwer mit der Spielraumtheorie vereinbart werden kann, so darf doch nicht übersehen werden, daß immerhin die Begründung des Entwurfs davon spricht, es solle zumindest durch den Wortlaut des § 60 I der Meinung Raum gegeben bleiben, die verschiedene Strafgrößen innerhalb eines Spielraums als schuldangemessen ansieht. Der Entwurf trifft demnach selbst keine Entscheidung zu dem Problem, ob die Schuld eine feste, bestimmte Größe im mathematischen Sinne ist oder ob sie sich innerhalb eines gewissen Bereiches bewegt, so daß auch die Schuldstrafe einen Rahmen darstellt. Da das zukünftige Gesetz also keine klärende Stellungnahme abgibt, wird die Richtigkeit der Spielraumtheorie weiterhin äußerst umstritten bleiben, so daß diese Frage einer eingehenden Untersuchung wert ist. Jedoch ist erforderlich, sowohl die Urteile der Gerichte, die die Spielraumtheorie ständig vertreten haben, wie die Stellen im Schrifttum, die sich mit der Rahmentheorie eigenständig befassen, sorgfältig daraufhin zu überprüfen, wie jeweils der Begriff der Spielraumtheorie verstanden wird. Denn wenn es auch fast niemand wahrnimmt, so bestehen doch erhebliche Differenzen über den Begriff und darüberhinaus über die Ziele der Rahmentheorie.

I. Begriff und Zweck der Spielraumtheorie.

1. Die Rechtsprechung.

Wie oben dargelegt wurde, entschieden sich die Mitglieder der Großen Strafrechtskommission zu Beginn der Beratungen für eine Fassung der Strafzweckvorschrift, die vorsah, daß die Strafe der Schuld des Täters gerecht zu entsprechen habe und nur in diesem Rahmen präventive

Strafzwecke berücksichtigen dürfe. Der für "revolutionäre" Ideen schon immer aufgeschlossene 5. Senat des Bundesgerichtshofs griff diesen Gedanken sofort auf und verwirklichte ihn in einem Urteil, das wohl in die Reihe der bedeutendsten einzuordnen ist, die vom Bundesgerichtshof bisher erlassen wurden. In der Entscheidung BGHSt 7, 28 hatte das oberste Gericht über einen Fall zu befinden, in dem ein vermindert zurechnungsfähiger Vater seine 19 Monate alte eheliche Tochter ermordet hatte. In dem ersten - hier weniger interessierenden - Teil des Urteils wurde eine Schuld-milderung nach § 51 II StGB abgelehnt, da der Schuldgehalt der Tat, von dem die Anwendung des milderen Strafrahmens abhängt, sich nicht allein nach dem Grad der Zurechnungs-fähigkeit des Täters, sondern nach den gesamten Umständen bestimme, die die Tat der Schuldseite nach als mehr oder weniger leicht erscheinen ließen. Derartige andere schuld-erhöhende Umstände lägen hier aber vor, da der Täter sein eigenes Kind auf besonders heimtückische und bestialische Weise, ohne sichtbare Gemütsbewegung und mit äußerster Zielstrebigkeit getötet hatte. In dem bedeutsamen zweiten Teil der Entscheidung nahm das Gericht zu der Frage Stellung, ob die Ansicht des Schwurgerichts, es habe sich bei der Strafhöhe auch von dem Gedanken der Abschreckung leiten lassen, zu beanstanden sei. Der Bundesgerichtshof verneinte dies mit folgender Argumentation: "Welche Strafe schuldangemessen ist, kann nicht genau bestimmt werden. Es besteht hier ein Spielraum, der nach unten durch die schon schuldangemessene und nach oben durch die noch schuldangemessene Strafe begrenzt wird. Der Tatrichter darf die obere Grenze nicht überschreiten. Er darf also nicht eine Strafe verhängen, die nach Höhe oder Art zu schwer ist, so daß sie von ihm selbst nicht mehr als schuldangemessen empfunden wird. Er darf aber nach seinem Ermessen darüber entscheiden, wie hoch er innerhalb die-ses Spielraums greifen soll. Wenn der Tatrichter von den verschiedenen schuldangemessenen Strafen, zwischen denen er wählen kann, aus dem Gedanken der allgemeinen Ab-

schreckung die schwerste Strafe wählt,so bedeutet das keinen Rechtsirrtum".¹⁾

Der Bundesgerichtshof geht also davon aus,daß die Schuld sich innerhalb eines Rahmens bewege und folglich auch die schuldangemessene Strafe keine bestimmte,feste Größe,sondern ein gewisser Bereich sei.Der Zweck dieser gedanklichen Konstruktion besteht in der methodisch sauberen Berücksichtigung der general- und spezialpräventiven Gesichtspunkte bei einer Bemessung der Strafe nach dem Maß der Schuld.Denn wenn sich die Erkenntnis durchgesetzt hat,daß die Schuld das beherrschende Strafmaßprinzip darstellen soll,so bedeutet diese Rahmentheorie einen Versuch,die präventiven Strafzwecke zur Geltung zu bringen und zugleich die Festsetzung der Strafe nach dem Maß der Schuld zu verwirklichen.Das Ziel der Spielraumtheorie ist also darin zu sehen,die Antinomie der Strafzwecke auszugleichen,soweit es sich um den " Schuld-sühnezweck" auf der einen und die Präventionszwecke auf der anderen Seite handelt.Die Entscheidung BGHSt 7,28(32) stellt im übrigen nicht nur ein vereinzelttes Bekenntnis der Rechtsprechung zur Rahmentheorie dar.Vielmehr hat der Bundesgerichtshof einer ganzen Reihe von Entscheidungen den Gedanken der Spielraumtheorie zugrunde gelegt.So betont BGH VRS 11,49(53),es seien in dem angefochtenen Urteil keine Anhaltspunkte ersichtlich,daß die Berücksichtigung des Abschreckungszieles dazu geführt habe,die schuldangemessene Strafe zu überschreiten.Desgleichen fordern BGH MDR 57, 527 und BGH LM § 20a StGB Nr.20 die Begrenzung der Strafe auf das schuldangemessene Maß.Auch BGH 10,259;16,352f und 16,363 nehmen auf BGH 7,32 Bezug und sprechen von der zur Erziehung,Besserung und Abschreckung erforderlichen schuldangemessenen (!) Strafe.Besonders eindringlich betont die unveröffentlicht gebliebene Entscheidung BGH 4 StR 368/62

1)BGHSt 7,32;

vom 23.11.62 die Rahmenidee: ¹⁾

"Ein allgemeines Abschreckungsbedürfnis kommt gerade bei Raubüberfällen auf Banken als Strafschärfungsgrund in Betracht. Solche Schärfung ist allerdings nur im Rahmen der Schuldangemessenheit zulässig (BGH 7,28,32). Insoweit ist der Hinweis des Landgerichts auf die nach seiner Meinung gegebenen Milderungsgründe an sich berechtigt. Es wird jedoch erneut zu prüfen haben, ob auch dem Gedanken einer Abschreckung anderer als "Nebenstrafzweck" ein strafschärfender Einfluß eingeräumt werden kann, ohne daß die obere Grenze der noch schuldangemessenen Strafe überschritten wird."

In der gleichen Richtung liegt das Urteil BGH 1 StR 364/62: ¹⁾

"Es muß immer der Sühnegeranke im Vordergrund stehen, während die Berücksichtigung anderer Strafzwecke, des Abschreckungs-, Besserungs- und Sicherungsgedankens der Strafe..., nur zulässig ist, soweit sie dem Gedanken der gerechten Vergeltung nicht widerspricht und die Strafe schuldangemessen bleibt.... Wenn er (d.h. der Tatrichter) sodann sagt, daß die Strafe "weniger von Vergeltungs- oder Sühnezwecken getragen sei, als mehr im Dienst der Verwahrung und Überwachung gestellt werden" müsse, so will er damit erkennbar keine - der Schuld nicht mehr angemessene - Sicherungsstrafe verhängen, sondern dem Sicherungszweck der Strafe im Rahmen einer schuldangemessenen Strafe Beachtung schenken."

Häufig wird auch BGHSt 7,86(89) als ein Bekenntnis des Bundesgerichtshofs zur Spielraumtheorie gesehen, so daß man die beiden Urteile BGHSt 7,28(32) und BGHSt 7,86(89) regelmäßig als die eigentlichen Grundsatzentscheidungen zur Frage der Rahmentheorie betrachtet. Bei einer genaueren Durch-

1) Zitiert nach Bruns, H.v. Weber-Festschrift, S. 87f

sicht zeigt sich jedoch, daß der in BGH 7,86(89) erwähnte Rahmen nichts mit dem Spielraum gemeinsam hat, wie er oben dargestellt wurde. Dem Urteil lag folgende Vorgeschichte zugrunde: Der Angeklagte war als gefährlicher Gewohnheitsverbrecher wegen Rückfallbetrugs in 17 Fällen und wegen Unterschlagung in einem Fall zu einer Gesamtstrafe von acht Jahren Zuchthaus verurteilt worden, wobei die Summe der 18 Einzelstrafen 25 Jahre Zuchthaus betragen hatte. Auf die Revision des Angeklagten hin war die Aufhebung des Urteils hinsichtlich der Verurteilung wegen Betrugs in einem Fall, für den die Strafkammer eine Einsatzstrafe von einem Jahr sechs Monate Zuchthaus verhängt hatte, sowie hinsichtlich der Gesamtstrafe erfolgt. In der neuen Verhandlung hatte das Landgericht das Verfahren, soweit es den beanstandeten Betrugsfall betraf, zwar gemäß § 154 StPO eingestellt, aber eine erneute Gesamtstrafe von wiederum acht Jahren Zuchthaus verhängt. Dagegen richtete sich nun die erneute Revision des Angeklagten. Der Bundesgerichtshof führte daraufhin aus, daß der Tatrichter über Art und Höhe der Gesamtstrafe nach seinem pflichtgemäßen Ermessen zu entscheiden habe. Es gebe keine fest bestimmte Strafe, sondern es bestehe ein Spielraum, der nach unten durch die schon angemessene Strafe und nach oben durch die noch angemessene Strafe begrenzt werde. Welche innerhalb dieses Spielraums liegende Strafe verhängt werde, könne allein der Tatrichter entscheiden. Wenn die Strafkammer für 17 Straftaten mit Einzelstrafen von insgesamt 23 1/2 Jahren Zuchthaus eine Gesamtstrafe von acht Jahren Zuchthaus für angemessen erachte, so könne darin kein Ermessensmißbrauch gesehen werden.

Zwar findet sich in der Entscheidung ebenfalls mehrmals das Wort "Spielraum", jedoch liegt dabei nicht mehr als eine äußere Übereinstimmung mit der oben dargelegten Spielraumtheorie vor. Zunächst muß auffallen, daß die gesamte Entscheidung BGHSt 7,86 keinen Hinweis auf das vorher ergangene Urteil BGHSt 7,28,32 enthält. Außer-

dem spricht BGHSt 7,86 nur von der angemessenen, nicht aber von der schuldangemessenen Strafe. Hier werden die präventiven Strafzwecke, deren Berücksichtigung im Rahmen der schuldgerechten Strafe der Zweck der Spielraumtheorie ist, überhaupt nicht erwähnt! Vielmehr betont der Bundesgerichtshof, es könne nicht eine bestimmte Strafe als die allein richtige etwa mit dem Ergebnis festgestellt werden, daß die vom Tatrichter verhängte und davon etwas abweichende Strafe aufzuheben wäre. Die Entscheidung BGH 7,86(89) ist daher mehr unter einem revisionsgerichtlichen Aspekt zu sehen¹⁾: Innerhalb eines gewissen Bereiches, eines Spielraums, könne nicht davon gesprochen werden, daß diese und nur diese Strafe die allein gerechte sei. Halte sich deshalb die vom Tatrichter ausgeworfene Strafe innerhalb jenes Rahmens, so bestehe für das Revisionsgericht nicht die Möglichkeit, das Urteil zu beseitigen. Denn jede der Strafen innerhalb dieses Spielraums sei noch gerecht, so daß ein Ermessensmißbrauch des Tatrichters nicht vorliege. Damit kommen wir zu folgendem Ergebnis: Die Entscheidung BGH 7,86(89) ist ein Eingeständnis des Revisionsgerichts, daß eine allein gerechte Strafe nicht festgestellt werden kann. Mit dem Begriff des Spielraums wird hier der Zweck verfolgt, ein Urteil nicht deswegen aufheben zu müssen, weil auch eine andere Strafe gerecht wäre. Der Tatrichter soll im Rahmen des Gerechten ein Urteil fällen und dabei eine Strafe **a u s w ä h l e n** dürfen, ohne dabei stets befürchten zu müssen, mit seinem Strafausspruch aufgehoben zu werden. Dagegen verstehen das Urteil BGH 7,28(32) und die darauf Bezug nehmenden Entscheidungen unter dem Begriff des Rahmens den schuldangemessenen Strafraum, der bei der Festsetzung der Strafe durch general- oder spezialpräventive Erwägungen nicht über- oder unterschritten werden dürfe. Diese Rahmentheorie belehrt den Richter also über das Verhältnis der Strafzwecke und läßt erkennen, daß es bei der richtigen Anwendung der einzelnen Straf-

1) s.a. Grünwald MDR 59,714.

zwecke im Endergebnis für den Tatrichter nur e i n e Strafe geben kann. Der Z w e c k der Spielraumtheorie beruht hier in dem Ausgleich der Antinomie der Strafzwecke.

2. Das Schrifttum.

Ebenso wie in der Rechtsprechung der Begriff des Spielraums verschieden verstanden wird, besteht auch in der Literatur über den Begriff und den Zweck der Rahmentheorie keine völlige Einigkeit. Der Begriff des Spielraums ist keineswegs so neu, wie es vielleicht den Anschein hat. Bereits zu Ende des vergangenen Jahrhunderts forderte B e r n e r ¹⁾ in seinem Lehrbuch, daß ein Staat, welcher sein Recht und seine Pflicht erfaßt habe, bei der Strafe nicht über das Maß der Vergeltung hinausgehen dürfe. Der Gedanke der Vergeltung und der in ihr liegenden Gerechtigkeit lasse für die Bestimmung des Strafquantums jedoch einen Spielraum, innerhalb dessen die Zwecke der Abschreckung und Besserung einen Einfluß auf das Maß der Strafe ausüben könnten und müßten. Damit verfolgt schon B e r n e r mit der Spielraumtheorie das Ziel, die Strafzwecke in ein bestimmtes Verhältnis zueinander zu bringen, nämlich den Präventivzwecken nur im Rahmen der gerechten Vergeltung einen Platz einzuräumen. Beachtung verdient dabei, daß B e r n e r nur die gerechte Vergeltungsstrafe als Spielraum bezeichnet, während er nicht darauf eingeht, ob auch die Schuld einen Rahmen darstellt. Eine Erörterung dieser Frage ist aber unumgänglich, da die Vergeltungsstrafe sich nach dem Maß der Schuld richtet, so daß auch die Schuld ein Spielraum sein müßte.

Den Gedankengängen B e r n e r s schloß sich in der ersten Hälfte dieses Jahrhunderts nur v . H i p -

1) Berner, Lehrbuch des Deutschen Strafrechts, 18. Aufl., 1898, S. 5ff;

p e l ¹⁾ an, während G a l l a s ²⁾ die ersten Bedenken dagegen anmeldete. Im Übrigen hat es aber den Anschein, als sei damals die Spielraumtheorie in Vergessenheit geraten. Erst den Beratungen der Großen Strafrechtskommission verdankt die Rahmen-theorie ihre Wiederentdeckung und ihren großen Aufschwung. Denn sofort nachdem die Kommission in ihren vorläufigen Entwurf die Rahmenformulierung aufgenommen hatte, machte sich der Bundesgerichtshof diesen Grundsatz in seiner Rechtsprechung zunutze, der sich dann ein Großteil des Schrifttums anschloß ³⁾. Ein erheblicher Anteil an dieser gesamten Entwicklung kommt dabei auch S p e n d e l zu, der in seiner Monographie "Zur Lehre vom Strafmaß" die mit der Spielraumtheorie zusammenhängenden Fragen einer eingehenden Prüfung unterzog ⁴⁾. Unter besonderer Beachtung von philosophischen Erwägungen begründet S p e n d e l ⁵⁾ das Bestehen eines Spielraums für die gerechte Strafe. Dieser Rahmen der gerechten Strafe werde durch den Vergeltungsgedanken bestimmt, während sich die Präventivzwecke nur innerhalb des durch die Repressionsidee gebildeten Spielraums entfalten könnten.

-
- 1) v. Hippel, Deutsches Strafrecht I, 1925, S. 472f, 502f;
 - 2) Gallas, Kriminalpolitik und Strafrechtssystematik, 1931, S. 11ff;
 - 3) Zur Spielraumtheorie bekennen sich: Baumann AT S. 10; Bockelmann Mat. I S. 29(41); Bruns NJW 56, 241f; Bruns, H. v. Weber-Festschrift, S. 87; Busch ZStW Sonderheft 1957, 111; Grünhut ZStW 71, 537; KM § 267/9 A 2 d; Krille ZStW Sonderheft 1957, 122; Krumme DRiZ 55, 210; Lang-Hinrichsen, Gutachten, S. 68, 70, 115; Lange Prot XII 57; Martin LM 8/ § 51 StGB; Maurach AT 661; Maurach, Gutachten, S. 7; Maurach, Schuld und Strafe, S. 19; Mezger-Blei S. 298; Mischke S. 182; Schleutker S. 31; Schröder 36 vor § 13; v. Weber, Strafzumessung, S. 9; vgl. auch H. Mayer AT 363; Sauer AT 258; für einen Spielraum auch Heinitz ARWP XXII 263, der aber in besonderen Fällen eine Überschreitung für zulässig hält; ebenso Heinitz ZStW 63, 62; Heinitz, Individualisierung, S. 24; Heinitz, Referat auf der Strafrechtslehrertagung in Würzburg 1957, zit. nach Schmidhäuser JZ 57, 642;
 - 4) s. a. Spendel, Rittler-Festschrift, S. 49; Spendel NJW 56, 777;
 - 5) Spendel, Zur Lehre vom Strafmaß, S. 59ff, 170ff;

Hier offenbart sich also besonders eindrucksvoll der mit dem Rahmengedanken verfolgte Zweck, das Antinomieproblem zugunsten der Vergeltungsidee auf einer methodisch einwandfreien Weise zu lösen. Wenn die Arbeit S p e n d e l s auch eingehende Erörterungen darüber enthält, weshalb die gerechte Strafe kein bestimmter Punkt sei, sondern sich innerhalb eines gewissen Bereiches bewege, so fehlen doch, wie schon bei B e r n e r , Ausführungen darüber, weshalb die Schuld ebenfalls keine feste Größe ist. Diese Prüfung ist aber erforderlich, da die Spielraumtheorie, wie sie allgemein verstanden wird, gerade von dem Rahmen einer schuldangemessenen Strafe ausgeht. So betont die Begründung des Entwurfs ¹⁾, daß sich sehr wohl die Meinung vertreten lasse, die Schuld stelle keine feste Größe im mathematischen Sinne dar, und daß man durch die Formulierung des § 60 I der Auffassung Raum geben wolle, es seien verschiedenen Strafgrößen innerhalb eines Spielraums als schuldangemessen zu betrachten. S p e n d e l hingegen widmet dieser Frage keine Aufmerksamkeit, sondern scheint die Begründung für ausreichend zu halten, daß der Gedanke der Gerechtigkeit einen Spielraum für die Bestimmung der Strafe gestatte.

Beachtung verdient auch die Ansicht J e s c h e c k s über die Spielraumtheorie. ²⁾ J e s c h e c k , der ursprünglich zu den ersten Befürwortern der Rahmenidee gehört hatte, ³⁾ distanzierte sich davon später. Er vertrat dann die Auffassung, daß die Spielraumtheorie vom Tatrichter aus gesehen nicht richtig sein könne, da es für den,

1) Begründung E 1962 S. 96.

2) Jescheck GA 1956, 109.

3) Jescheck Prot I 44.

der die Strafe zumesse, nur e i n e richtige Strafe geben könne, die dem Ziel der Gerechtigkeit am nächsten komme. Zutreffend sei die Rahmentheorie hingegen aus der Sicht des Revisionsgerichts. Denn es bestehe ein Spielraum, innerhalb dessen sich der Tatrichter frei bewegen dürfe, ohne daß seine Entscheidung allein wegen der Höhe des Strafausspruchs als rechtlich fehlerhaft angegriffen werden könne. In diesem Sinne seien auch die Entscheidungen des Bundesgerichtshofs gemeint. Damit verkennt J e s c h e c k¹⁾ aber das Wesen und den Zweck der vom Bundesgerichtshof in BGHSt 7, 28(32) und den darauf Bezug nehmenden Urteilen vertretenen Spielraumtheorie. Denn diese Rahmentheorie will sich, wie oben dargelegt wurde, gerade an den Tatrichter wenden und ihm einen R a h m e n der schuldangemessenen Strafe einräumen, innerhalb dessen er unter Beachtung der präventiven Strafzwecke die endgültige Strafe festzusetzen habe. J e s c h e c k hingegen scheint sich mit seinen Darlegungen mehr in der Richtung BGHSt 7, 86(89) zu bewegen, da er auch davon spricht, daß für das Revisionsgericht nicht die Möglichkeit bestehe, ein Urteil zu beseitigen, dessen Strafmaß sich innerhalb eines Rahmens des noch Gerechten halte. Dieser Spielraum ist aber gerade nicht identisch mit dem Rahmen, den die Spielraumtheorie dem Tatrichter geben will.

Nachdem nun unter Ausscheidung abweichender Ansichten klargestellt wurde, wie die Spielraumtheorie begrifflich zu verstehen ist und welche Zwecke sie verfolgt, können wir uns jetzt der Frage zuwenden, ob die für die Richtigkeit der Rahmentheorie geltend gemachten Gründe durchschlagend sind oder ob man den erhobenen Einwänden größere Bedeutung zu-messen muß.

1) Jescheck aaO;

s. a. v. Weber, Strafzumessung, S. 20 Anm. 63: "...verstehen wir hier aber den Spielraum nur als die Grundlage für die Entscheidung des Revisionsgerichts, ob der Normrichter sein Ermessen nicht überschritten hat, nicht als Durchgangspunkt für die Strafzumessung des Tatrichters."

II. Die philosophische Begründung der Spiel- raumtheorie.

Um die Ansicht zu rechtfertigen, daß die gerechte Strafe nicht eine einzige bestimmte Größe sein kann, sondern sich innerhalb eines Rahmens von einer gewissen Variationsbreite bewegt, stützt man sich in der Regel auf philosophische Argumente, die in ihrem Ursprung wohl auf **A r i s t o t e l e s** zurückgehen, aber auch im dialektischen Materialismus zu finden sind.¹⁾ Danach verändert sich die Qualität bestimmter Eigenschaften mit der Quantität. Aber erst durch ein Zuviel oder ein Zuwenig soll die Grenze einer Eigenschaft überschritten und in den Bereich einer anderen Eigenschaft eingedrungen werden, während eine lediglich geringfügige Änderung den Charakter der betreffenden Eigenschaft noch nicht antaste. So werde die Sparsamkeit erst durch ein Zuviel zum Geiz und durch ein Zuwenig zur Verschwendung, wie auch der Fleiß

1) J. Stalin, Über den dialektischen und historischen Materialismus, in: Fragen des Leninismus, 11. Aufl., Moskau 1946, S. 649f: "Im Gegensatz zur Metaphysik betrachtet die Dialektik den Entwicklungsprozeß nicht als einfachen Wachstumsprozeß, in welchem quantitative Veränderungen nicht zu qualitativen Veränderungen führen, sondern als eine Entwicklung, die von unbedeutenden und verborgenen quantitativen Veränderungen zu sichtbaren Veränderungen, zu grundlegenden Veränderungen, zu qualitativen Veränderungen übergeht, in welcher die qualitativen Veränderungen nicht allmählich, nicht rasch, plötzlich, in Gestalt eines sprunghaften Überganges von dem einen Zustand zu dem anderen Zustand eintreten, nicht zufällig, sondern gesetzmäßig, als Ergebnis der Ansammlungen unmerklicher und allmählicher quantitativer Veränderungen." Friedrich Engels, Dialektik der Natur, in: Sonderband der Marx-Engels-Gesamtausgabe, Moskau 1935, S. 502f: "Die sogenannten Konstanten der Physik sind größtenteils nichts anderes als Beziehungen von Knotenpunkten, wo quantitative Zufuhr oder Entziehung von Bewegung eine qualitative Änderung im Zustand des betreffenden Körpers hervorruft, wo also Quantität in Qualität umschlägt." Ähnlich Engels, Herrn Dührings Umwälzung der Wissenschaft, Moskau 1939, S. 31.

sich zur Faulheit bzw. zur Arbeitswut, die Tapferkeit sich zur Feigheit bzw. Tollkühnheit wandelten. Ebenso erleide auch die gerechte Strafe durch eine geringfügige Veränderung des Maßes noch keine andere Bewertung, wohl aber durch ein Zuviel oder Zuwenig: Sie werde dann stets ungerecht; den Verurteilten treffe einmal eine grausame, das andere Mal eine weichliche Strafe.

Die Gleichsetzung der gerechten Strafe mit den oben beispielhaft erwähnten Eigenschaften kann zwar nicht dadurch in Zweifel gezogen werden, daß es sich bei den Merkmalen Mut, Sparsamkeit, Fleiß usw. um persönliche Eigenschaften eines bestimmten Menschen handelt, die Strafgewalt hingegen beim Staat liegt, so daß wir gezwungen sind, die Frage nach der gerechten Strafe mehr unter dem Blickwinkel einer "Eigenschaft des Staates" zu sehen. Denn dies ändert nichts daran, daß es sich bei der Gerechtigkeit ebenfalls um eine auf ethischen Grundlagen beruhende und durch das menschliche Wertdenken geschaffene Eigenschaft handelt, folgerichtig die Parallele gezogen werden kann. Ebenso wenig schlägt wohl der philosophische Angriff von Seiten der "Gesinnungsethik" durch, wonach die Eigenschaften nicht durch das Merkmal der Quantität sich unterscheiden sollen, sondern durch die Zwecksetzung des Handelnden ¹⁾.

Denn man darf mit Recht behaupten, daß bei rücksichtsloser Einschränkung aller Bedürfnisse Geiz vorliegt, auch wenn der Betreffende entsprechend seinen Ansichten glaubt, seinen Reichtum vernünftig zu genießen, und daß ebenso die Verhängung einer den allgemeinen sittlichen Vorstellungen zuwiderlaufende Strafe Unrecht ist, auch wenn der Staat diese Strafe gemessen an den von ihm aufgestellten Prinzipien für gerecht hält.

1) Kant, Die Metaphysik der Sitten, 2. Teil Nr. XIII S. 404 (Akademie-Ausgabe VI. Bd., 1907);

Mag also die Ansicht, daß die g e r e c h t e Strafe sich als Rahmen darstellt, vertretbar zu begründen sein, so vermißt man doch stets ein Eingehen auf die Frage, ob auch die S c h u l d innerhalb eines Rahmens variabel ist. Dieses Problem müßte aber untersucht werden, da die Spielraumtheorie gerade davon ausgeht, daß sich die Schuld und die durch das Maß der Schuld bestimmte Strafe in einem Rahmen bewegen. Mit dem Hinweis, daß es eine breite Zone dessen gebe, was schon oder noch als gerecht anzusehen sei, ist jedoch nichts darüber ausgesagt, ob die Schuld, die der Täter durch eine bestimmte Handlung auf sich geladen hat, ebenfalls kein fester Punkt ist. Vielmehr hat auf der anderen Seite K a u f m a n n in seiner Monographie "Das Schuldprinzip" mit philosophischen Argumenten darzulegen versucht, daß die Schuld stets eine feste und ganz bestimmte Größe sei.¹⁾ Das A r i s t o t e l e s 'sche Maßprinzip selbst kann nicht als Begründung dafür herangezogen werden, daß die Schuld ein Rahmen sei. Denn wohl ist es möglich, der gerechten Strafe durch ein Hinzufügen oder durch die Wegnahme von Übelsquanten eine andere Qualität zu geben, nämlich sie zu einer ungerechten Strafe zu machen. Nicht aber kann die Schuld sich wandeln und in eine andere Qualität umschlagen! Wenn ferner der Begriff des Maßes nur für die gerechte Strafe einen Spielraum gestattet, so sagt er selbst noch nichts darüber aus, durch welchen Strafzweck dieser Rahmen begrenzt wird. Logisch wäre es auch denkbar, daß etwa der Strafzweck der Spezialprävention den Rahmen der gerechten Strafe absteckt, während die anderen Strafzwecke sich nur innerhalb dieses Rahmens auswirken könnten.

III. Die Einwände gegen die Spielraumtheorie.

1. Die gerechte Schuldstrafe als Punkt.

Die Spielraumtheorie, die ihre Richtigkeit philosophisch begründet sehen will, ist jedoch auch erheblichen Einwänden ausgesetzt, die im folgenden zu untersuchen sind. Zunächst geht eine weitverbreitete Auffassung dahin, daß die gerechte Strafe ihrer Natur nach überhaupt nur ein

1) Kaufmann aaO S. 65f, 261.

fester Punkt und kein Rahmen sein kann. Während die Anhänger der Spielraumtheorie sich für die Richtigkeit ihrer Meinung auf den A r i s t o t e l e s 'schen Grundsatz des Maßes stützen, gehen die Vertreter der Punktstrafe davon aus, daß die I d e e d e r G e r e c h t i g k e i t es erfordere, daß einer bestimmten Tat nur eine bestimmte Strafe entspreche. Dies wird lediglich durch das Zugeständnis abgeschwächt, daß das Erkenntnisvermögen des Richters nicht in der Lage sei, jene Größe genau aufzufinden. Nur die menschliche Unvollkommenheit verhindere letztlich also die Feststellung der einzig gerechten Strafe. Besonders eindringlich dokumentiert dies J a g u s c h in seinen vortrefflichen Darlegungen zur Strafzumessung: "Einer bestimmten Tat kann objektiv stets nur eine feststehende Schuld eignen, und nicht mehrere, und aus diesem Grunde kann nur eine einzige Strafe angebracht sein, und nicht verschiedene... Das versteht sich eigentlich von selbst. Unvollkommen und daher unterschiedlich ist nur unsere Tat- und Schuld- e r k e n n t n i s , bei welcher sich der Richter mit menschlich erreichbarer Gewißheit begnügen muß." ¹⁾ In derselben Richtung liegen etwa auch die Ausführungen von H e i n i t z ²⁾ K a u f m a n n ³⁾, S a r s t e d t ⁴⁾ und E b . S c h m i d t ⁵⁾. Eine Art mathematischer Beweis, ob die schuldangemessene Strafe ein Rahmen oder ein fester Punkt ist, wird jedoch schlechterdings unmöglich sein. Immerhin muß aber die Ansicht über die Punktstrafe, die sich auf das Ideal der Gerechtigkeit beruft, Beachtung verdienen, da sie dem Bedürfnis nach dem Absoluten gerecht wird, von dem viele Menschen erfüllt sind. Wenn wir somit zwar nicht sagen können, daß der Gedanke der Punktstrafe der richtige sein m u ß , so können wir ihn

1) Jagusch LK A II vor § 13; s. a. Jagusch LM 14/§ 358 StPO;

2) Heinitz ZStW 70, 5;

3) Kaufmann, Schuldprinzip, S. 260f;

4) Sarstedt, Verh. 41. D. J. T., II D 32 und ZStW Sonderheft 1957, 138

5) Eb. Schmidt SJZ 46, 204, 209; ZStW 69, 373;

s. a. Finger, Gutachten zu der Frage der richterlichen Strafzumessung, Sonderdruck aus den Verhandlungen des 29. D. J. T., 1908, Bd. II S. 40; Gallas, Kriminalpolitik, S. 12f; Foerster, Schuld und Sühne, 1911, S. 21f; Schneidewin JZ 55, 506f; Wimmer JR 47, 148; NJW 48, 126; SJZ 48, 67; DRIZ 50, 268; Pohle S. 62;

trotzdem als ernst zu nehmende Alternative der Rahmenidee gegenüberstellen.

2. Die Unvereinbarkeit des Rahmengedankens mit der im Einzelfall verhängten bestimmten Strafe.

Weiterhin wird gegen die Spielraumtheorie der Einwand erhoben, sie könne nicht bestimmen, welche Strafe der Richter innerhalb des Schuldrahmens zu verhängen habe, wenn weder generalpräventive noch spezialpräventive Gesichtspunkte im Einzelfall eine Rolle spielten oder wenn sich general- und spezialpräventive Gründe in ihrer Wirkung gerade aufheben würden.¹⁾ Mangels präventiver Anhaltspunkte - so glaubt man - würde der Rahmengedanke den Richter in derartigen Fällen im Stich lassen, so daß das Gericht konsequenterweise eigentlich eine Rahmenstrafe verhängen müßte. Allerdings dürfte der Ausgangspunkt der Überlegungen verfehlt sein, da es keinen Fall gibt, in dem nicht präventive Erwägungen auf eine gewisse Strafhöhe hinweisen. Zwar mögen manchmal keine schärfenden general- oder spezialpräventiven Überlegungen gerechtfertigt sein - etwa bei dem seltenen Fall, daß eine Tochter den brutalen Geliebten ihrer Mutter, die unter dessen Drohungen und Grausamkeiten zu leiden hat²⁾, tötet - , jedoch bedeutet dieses Fehlen unter dem Blickwinkel der präventiven Strafzwecke doch gerade die Forderung nach einer geringeren Strafe³⁾. So wie die Schuld im Einzelfall verschwindend gering sein mag, so kann auch der Präventivzweck unter Umständen eine extrem niedere Strafe gebieten. S t e t s aber zielt dieser Straf-

1) Dreher ZStW 66, 571 und Prot IV 362; Sarstedt, Verh. d. 41. D. J. T., Bd. II D S. 32f; Sax ZStW 69, 412, 419 und JZ 57, 6; Schneidewin JZ 55, 505, 508;

2) Vgl. auch die Beispiele bei Bockelmann, Verh. d. 43. D. J. T., Bd. II E S. 70;

3) Diesen Gedanken hebt auch Koffka JR 55, 322, 325 hervor.

zweck auf eine gewisse - sei es nun eine hohe oder eine niedere - Strafe hin. Ebenso verhält es sich dann, wenn general- und spezialpräventive Momente sich in ihrer Wirkung "aufheben" sollten; denn es entsteht dadurch kein Vakuum, sondern als Schnittbereich ergibt sich eine Strafe, die den beiden Strafzwecken annähernd gerecht wird.

Trotzdem gebührt dieser Auffassung ein erhebliches Verdienst. Denn sie hat, wenn auch indirekt und auf Umwegen, darauf hingewiesen, daß die Spielraumtheorie zwar von einer rahmenbegrenzten Strafe ausgeht, diesen Ausgangspunkt aber verläßt und im Endergebnis zu einer fest bestimmten Strafe gelangt. Wie läßt es sich aber vereinbaren, wenn man sich einerseits mit den verschiedensten Argumenten bemüht, die gerechte Strafe als Rahmen zu begründen, und man andererseits behauptet, nach Verwertung der präventiven Gesichtspunkte ergebe sich als zu verhängendes Strafmaß eine ganz bestimmte Größe? Konsequent wäre es vielmehr, auch als endgültiges Ergebnis einen Rahmen anzunehmen und eine unbestimmte Strafe auszuwerfen. Dieser Weg bleibt aber verschlossen, da wir nur im Jugendstrafrecht die Möglichkeit der unbestimmten Strafe kennen. Damit leidet der Spielraumgedanke an einer nicht zu übersehenden Inkonsistenz: Die schuldgerechte Strafe bezeichnet man einmal als Rahmen, während die endgültige, den Täter treffende Strafe, die doch ebenfalls gerecht sein soll, als fester Punkt angesehen wird.

3. Die Grenzen des Spielraums.

Zwar scheint die Spielraumtheorie mit ihrer Forderung, die präventiven Strafzwecke dürften nur innerhalb des schuldangemessenen Rahmens zur Anwendung gelangen, die Gedanken der Prävention zu begrenzen. Kann sie aber wirklich die Gewißheit geben, daß ihre Formel nicht dazu mißbraucht wird, um unter ihrem Deckmantel den Präventions-

zwecken doch eine nahezu unbeschränkte Einwirkungsmöglichkeit zu sichern? Diese Gefahr bestünde, wenn man den Schuldrahmen zu weit fassen würde. In der Tat scheint auch die Ansicht vorzuherrschen, daß die Zone der schuldangemessenen Strafe von erheblicher Breite sei. So spricht S p e n d e l einmal ¹⁾ von einer Spanne zwischen 1,3 oder 5 Jahren Zuchthaus, das andere Mal ²⁾ von einem Rahmen zwischen 10 und 15 Jahren Zuchthaus. Auch G r ü n h u t ³⁾ hebt hervor, daß es einen Spielraum von "erheblicher" Weite geben müsse. Wenn demgegenüber J a g u s c h ⁴⁾ an die sittlichen Bedenken erinnert, die eine derartige Auffassung zwangsläufig hervorrufen müßte, so greift er m. E. diese Tendenz noch nicht scharf genug an. Denn es spricht dem Gedanken der Gerechtigkeit geradezu Hohn, wenn man behauptet, 15 Jahre Zuchthaus könnten für eine bestimmte Tat ebenso als schuldangemessene Strafe verhängt werden wie nur 10 Jahre Zuchthaus. Selbst wenn sich die Anhänger der Spielraumtheorie aber darauf einigen sollten, daß die Weite des Rahmens eingeschränkt werden müßte, so bleibt die Schwierigkeit bestehen, nach welchen Kriterien man die Begrenzung des Spielraums vorzunehmen hätte. Jedenfalls könnte dieser Bereich nicht nach dem Grundsatz der Verhältnismäßigkeit berechnet werden; denn wenn auch eine Geldstrafe von 20.-DM wie von 30.-DM noch gerecht sein mag, ist dies bei 2 oder 3 Jahren Gefängnis bereits zweifelhaft, bei 8 und 12 Jahren Zuchthaus auf jeden Fall unzutreffend, obwohl das Verhältnis stets das gleiche bleibt.

Neben dem Problem, wie weit die Grenzen des Rahmens zu ziehen sind, erhebt sich darüberhinaus aber noch

1) Spendel, Strafmaß, S. 208; s. a. S. 177.

2) Spendel, Strafmaß, S. 177 und bes. NJW 56, 777.

3) Grünhut ZStW 71, 537.

4) Jagusch A II vor § 13.

Gegen die Spielraumtheorie auch Warda S. 166, da sie - neben anderen Bedenken, die gegen sie bestünden - durch die Zulassung der generalpräventiven Gesichtspunkte im Rahmen der Schuld kein geeignetes Mittel darstelle, um den Strafzweck der Drittabschreckung mit Art. 1 I GG in Einklang zu bringen.

die Frage, ob wenigstens dieser Rahmen fest umgrenzbar ist. Lassen sich die Grenzen des "Noch-Gerechten" nach oben und unten festlegen? Können wir den Punkt feststellen, bei dessen Überschreiten wir den Bereich des Ungerechten betreten? Die Anhänger des Spielraumgedankens verneinen diese Frage in der Regel. So betont etwa S p e n d e l: "Die Frage stellen, heißt hier auch schon, sie - verneinend - beantworten. Es hilft alles nichts; dieser Schwierigkeit muß ins Auge gesehen werden: Wie in der Seinssphäre, im Bereich des Quantitativen, die Übergänge innerhalb des Mittelmaßes selbst in der Regel fließend ... und nur ausnahmsweise, in gewissen "Grenzfällen", scharf zu unterscheiden sind, so auch hinsichtlich des Über- und Untermaßes des Mittleren."¹⁾ Damit offenbart sich aber eine weitere Inkonssequenz der Spielraumtheorie, da ein Rahmen, ein Spielraum, ein Bereich begrifflich stets eine Begrenzung voraussetzt. Daneben müßte man sich auch fragen, welchen Sinn denn die Spielraumtheorie hätte, wenn sie keinerlei Begrenzungen und Markierungspunkte zu geben vermöchte. Um diesen Einwänden zu entgehen, berufen sich etwa S p e n d e l²⁾ und G r ü n h u t³⁾ darauf, daß allerdings von den entgegengesetztesten, entferntesten Extremen man mit Sicherheit über ihren Unwert etwas aussagen könnte. Weiß man jedoch nur von den äußersten, letzten Grenzen, ob sie ungerecht sind, so bedeutet dies zwangsläufig wieder, daß die Größe des Spielraums verhältnismäßig weit zu bemessen ist. Damit aber sind wir von neuem bei dem Ausgangspunkt, bei der nicht wünschenswerten, ja unhaltbaren Weite des Rahmens, angelangt.

4. Praktische Bedenken gegen die Spielraumtheorie.

S c h n e i d e w i n⁴⁾ macht ferner gegen die Rahmentheorie praktische Bedenken geltend, die in dem Vorwurf der Umständlichkeit und der keinen Gewinn bringenden

1) Spendel, Strafmaß, S. 184; s. a. Berner S. 7f; v. Hippel Lb S. 479; Sarstedt, Verh. d. 41. D. J. T., Bd. II D S. 32; Schneidewin JZ 55, 507;

2) Spendel aaO ;

3) Grünhut ZStW 71, 537;

4) Schneidewin JZ 55, 507;

Verzögerung und Belastung des Verfahrens gipfeln. Staatsanwalt und Verteidiger hätten sich zu der Größe des Spielraums und der endgültig zu verhängenden Strafe zu äußern. Das Gericht müsse sich überlegen, welche Strafe sich nach reinen Schuldabwägungen als die höchstmögliche, welche sich als niedrigstmögliche und welche sich innerhalb dieser Grenzen unter Heranziehung präventiver Erwägungen dann endgültig ergebe. Abgesehen davon, daß kein Verteidiger sich zur Fixierung einer bestimmten Strafe für seinen Mandanten hinreißen läßt und der Staatsanwalt lediglich die realen Strafzumessungsgründe anzuführen und mit e i n e m bestimmten Antrag sein Plädoyer zu schließen pflegt, könnte man bei einer derartigen Argumentation den Eindruck gewinnen, als würden sich die Gerichte bei der Verhängung der Strafe im Einzelfall niemals nähere Gedanken machen und nie mehrere Strafgrößen unter Berücksichtigung der jeweiligen Strafzwecke in Erwägung ziehen, um sich dann für die ihnen richtig erscheinende Strafe zu entscheiden. Auch wer von der punktförmig bestimmten Strafe ausgeht, hat sich der Mühe zu unterziehen, zunächst nach reinen Schuldmomenten die schuldgerechte Strafe, dann nach generalpräventiven die Abschreckungsstrafe und nach spezialpräventiven Überlegungen die Besserungsstrafe festzustellen, um schließlich daraus zu der ihm gerecht erscheinenden Strafe zu gelangen. Außerdem dürfte es für das Gericht viel schwieriger und komplizierter sein, e i n e bestimmte Schuldstrafe zu finden, als einen Bereich von einer gewissen Variationsbreite zum Ausgangspunkt nehmen zu können. Während die oben näher erörterten Einwände doch sehr erheblich sind, dürften sich daher die gegen die Spielraumtheorie erhobenen praktischen Bedenken als unbegründet erweisen.

IV. Ergebnis.

Der als nicht gering zu veranschlagende Vorteil der Spielraumtheorie ist in der mit ihr verbundenen Lösung der Antinomie der Strafzwecke zu erblicken. Denn wenn die Schuld und damit auch die schuldangemessene Strafe als ein Rahmen angesehen wird, der bei der Festsetzung der endgültigen Strafe durch andere Gesichtspunkte nicht über- oder unterschritten werden darf, so ergibt sich daraus eine methodisch einwandfreie Berücksichtigung der spezial- und generalpräventiven Strafzwecke. Die präventiven Zwecke können zwar zur Geltung kommen, jedoch dürfen sie nur begrenzt, nur im Rahmen der Schuldstrafe Einfluß auf die Verhängung der endgültigen Strafe nehmen.

Es hat sich aber gezeigt, daß die Spielraumtheorie einer Reihe von gewichtigen Einwänden ausgesetzt ist, die von dogmatischen Erwägungen her die Rahmentheorie als nahezu unhaltbar erscheinen lassen. Außerdem kommt man nicht darüber hinweg, daß der Rahmengedanke eine gewisse Variationsmöglichkeit für den Richter offen läßt. Dann aber bedeutet es eine größere Aufrichtigkeit, wenn man im Einzelfall zugibt, die punktförmig bestimmte schuldgerechte Strafe von 10 Monaten Gefängnis aus präventiven Erwägungen auf 12 Monate erhöht zu haben, als wenn man sich einen fiktiven Rahmen von 9 bis 12 Monaten zurechtlegt, um betonen zu können, daß die verhängte Strafe sich noch im Bereich der Schuld halte. Mag es zwar der unbestreitbare Vorzug des Spielraumgedankens sein, daß er eine theoretisch einwandfreie Lösung des Antinomieproblems aufzuzeigen vermag, so verlockt er leider auch dazu, durch eine leere Formel die strafscharfende Berücksichtigung der präventiven Strafzwecke rechtsstaatlich zu verbrämen.¹⁾ Diese Gefahr

1) s. a. Gallas, Kriminalpolitik, S. 11ff; Sax JZ 57, 6.

droht umso mehr, wenn man - wie es offensichtlich der Fall ist - den schuldangemessenen Strafraum extrem weit zieht. Dann dürfte trotz der Lösung der Antinomie der Strafzwecke, die die Rahmentheorie unbestritten bietet, der Gegenposition der Vorzug zu geben sein, die von einer punktförmig bestimmten Schuldstrafe ausgeht und eine Über- und Unterschreitung aus präventiven Gesichtspunkten zwar zuläßt, aber eben nur in einem geringen Umfang, so daß die Strafe in ihrem Kern immer noch Schuldstrafe bleibt.

§ 3: Das Verbot der Doppelverwertung von
Tatbestandsmerkmalen.

Wendet man sich nach der Frage des Strafzwecks den realen Strafzumessungsgründen zu, die in § 60 Abs. 2 des Entwurfs ihren Niederschlag gefunden haben, so stößt man dabei auf einen "vorgelagerten" Problemkreis, nämlich die Abgrenzung der Umstände, die für die Zumessung der Strafe gerade nicht verwertet werden dürfen. Dazu zählen die Umstände, die bereits Merkmale des gesetzlichen Tatbestandes sind. Zwar hat es den Anschein, als ob S p e n d e l den Standort des Doppelverwertungsverbots von Tatbestandsmerkmalen bei den logischen Strafzumessungsgründen erblicken würde. Denn immerhin erwähnt er die höchstrichterliche Rechtsprechung zu diesem Thema im Zusammenhang mit dem Bereich dessen, "was W i m m e r Strafzumessungs e r w ä g u n g nennt und was die eigentliche ... logische Straf m a ß b e g r ü n d u n g ausmacht".¹⁾ Jedoch behandelt S p e n d e l an anderer Stelle die Grenzziehung zwischen den für die Strafmaßfestsetzung verbotenen Tatbestandsmerkmalen und den für die richterliche Strafmaßbestimmung relevanten Tatsachen in dem Abschnitt über die r e a l e n Strafzumessungs-

1) Spendel, Strafmaß, S. 64; Spendel gliedert die von ihm zitierte Rechtsprechung zum Doppelverwertungsverbot gerade nicht bei den Strafzumessungstatsachen (aaO S. 61ff) ein. Über die Verwandtschaft der Einteilung Wimmers in Strafzumessungstatsachen und Strafzumessungserwägungen (Wimmer NJW 48, 315) mit der Aufgliederung Spendels in finale, reale und logische Strafzumessungsgründe: s. Spendel, Strafmaß, S. 52, 61, 201; Spendel NJW 64, 1759.

gründe.¹⁾ Diese Eingliederung ist auch zutreffend, da es zu entscheiden gilt, ob eine bestimmte Tatsache für die Strafzumessung herangezogen werden kann oder nicht. Die Frage nach der Irrelevanz von Faktoren, die dem gesetzlichen Tatbestand unterfallen, ist daher in einem dem Bereich der realen Strafzumessungsgründe vorgelagerten Abschnitt zu untersuchen.

I. Entwicklungsgeschichte.

Der Gedanke, daß Tatbestandsmerkmale für die Strafzumessung nicht nochmals verwertet werden dürfen, wird seit langem im Strafrecht als fester Grundsatz anerkannt.²⁾ Mag das Reichsgericht sonst auch zurückhaltend in der revisionsgerichtlichen Nachprüfung von Strafzumessungsgründen gewesen sein, so hat es doch schon immer einen Verstoß gegen das Doppelverwertungsverbot von Tatbestandsmerkmalen als einen Rechtsfehler angesehen, der unweigerlich zur Aufhebung des Strafurteils führen mußte. Nicht nur der Bundesgerichtshof hat dieses

1) Spendel, Strafmaß, S. 200ff (231f); besonders deutlich S. 231: "Wenn beispielsweise der fahrlässig getötete Mensch eine Schwangere war, so dürfte die Heranziehung dieser Tatsache als realen(!) Straferhöhungsgrundes bei der fahrlässigen Tötung ebenso berechtigt sein, wie..."

2) Aus der älteren Rechtsprechung vgl. insbesondere: RG DJZ 1903, 404; RG DJZ 1904, 556; RG GA Bd. 56, 73 und 96.

Verbot weiterhin anerkannt ¹⁾, sondern auch die Entwürfe zu einem neuen Strafgesetzbuch übernehmen den Gedanken. Das kommt schon in § 62 Entwurf 1959 I durch die Formulierung zum Ausdruck: "Bei der Zumessung der Strafe wägt der Richter ab, welche Umstände, die nicht zum gesetzlichen Tatbestand gehören, gegen und für den Täter sprechen." Wenn § 60 II 1 Entwurf 1962: "Bei der Zumessung wägt das Gericht die Umstände, die gegen und für den Täter sprechen, gegeneinander ab, soweit sie nicht schon Merkmale des gesetzlichen Tatbestandes sind" damit wörtlich nicht genau übereinstimmt, so ist dies nicht als sachliche Änderung, sondern als eine Klarstellung des Verbots aufzufassen. ²⁾ Während aber die Rechtsprechung des BGH und die Entwürfe im wesentlichen an dem bisherigen Umfang des Verbots festhalten, hat der Vorstoß **D r e h e r s** ³⁾ der Diskussion neue Impulse verliehen. **D r e h e r** verfißt eine Übertragung des Verbots der Doppelverwertung von Tatbestandsmerkmalen auch auf strafrahmenbildende Umstände. Nach ihm soll es verboten sein, Umstände, die zur Bildung des neuen Strafrahmens geführt haben und die für dessen gesamte Breite vorausgesetzt werden, bei der Zumessung der Strafe aus diesem Rahmen nochmals zu verwerten. Dieser Gedanke hat insbesondere Bedeutung für die vom Regelstrafrahmen abweichenden Rahmen des Versuchs, der erheblich verminderten Zurechnungsfähigkeit, der mildernden Umstände und der besonders schweren Fälle. Wäre man etwa der Ansicht, daß für die Frage, ob bei der versuchten Tat von dem milderen Rahmen des § 44 II, III StGB Gebrauch gemacht werden solle, außer der

1) Ob eine Auflockerung dieses Satzes nicht mit der Entscheidung BGH b. Dallinger MDR 53, 148 eingeleitet wurde, soll später untersucht werden.

2) Die Bedeutung des Wortes "soweit" in § 60 II 1 Entwurf 1962 wird weiter unten erörtert.

3) Dreher JZ 57, 155;

Erfolglosigkeit der Handlung die gesamten für die Beurteilung des Tat- und Täterbildes maßgebenden Gesichtspunkte heranzuziehen seien, so dürften nach der Ansicht D r e h e r s diese Strafzumessungsumstände bei der Festsetzung der Strafe innerhalb des Rahmens nicht erneut berücksichtigt werden. Denn dabei würde man Umstände, die zur Anwendung des neuen Strafrahmens geführt haben, bei der Zumessung der Strafe aus diesem Rahmen nochmals verwerten.

Als Fazit ergibt sich also, daß die Erörterung über das Verbot der Doppelverwertung in ein völlig neues Stadium getreten ist. Während man bisher eine Strafzumessung nur dann als auf gesetzwidriger Erwägung beruhend angesehen hat, wenn ein T a t b e s t a n d s - m e r k m a l nochmals als Strafzumessungsgrund verwertet wurde, strebt D r e h e r eine Ausdehnung dieses "klassischen Prinzips" an: Nicht nur Tatbestandsmerkmale, sondern alle Strafzumessungsumstände, die zur Bildung eines Strafrahmens führen können, sollen nicht nochmals bei der Zumessung der Strafe berücksichtigt werden dürfen. Damit wird das auf Tatbestandsmerkmale beschränkte Verbot zu einem umfangreichen Verbot der "doppelten Buchführung" ¹⁾ erweitert.

II. Die Begründung des Verbots der Doppelverwertung von Tatbestandsmerkmalen.

1. Die Unterscheidung zwischen individuellen und generellen Merkmalen.

In der Strafzumessungslehre finden wir zwar das Verbot der Doppelverwertung von Tatbestandsmerkmalen

1) Maurach AT S. 666.

als feststehenden Grundsatz bestätigt. Jedoch begnügen sich Rechtsprechung und Literatur häufig mit der bloßen Erklärung, es sei nicht angängig, ein Merkmal des gesetzlichen Tatbestandes nochmals bei der Strafzumessung strafscharfend ¹⁾ zu verwerten. Der Satz, daß Umstände, die der Gesetzgeber bereits als Begriffsmerkmale innerhalb des gesetzlichen Strafrahmens berücksichtigt hat, im Einzelfall nicht noch einmal strafscharfend Berücksichtigung finden dürfen, scheint beinahe zu einer feststehenden Formel erstarrt zu sein, die man zwar stets benutzt, über deren Berechtigung man sich aber keine Rechenschaft ablegt. So betrachtet man das Verbot der Doppelverwertung von Tatbestandsmerkmalen als Selbstverständlichkeit, über dessen Existenz und Richtigkeit es keine Worte zu verlieren gilt. Dabei bleibt allerdings im unklaren, ob man dieses Verbot als derart gesicherten Bestandteil des Strafrechts ansieht, daß jede Begründung als überflüssig erscheinen würde, oder ob man es lediglich befolgt, ohne sich über seine Berechtigung tiefere Gedanken zu machen. Zwar kann man der Rechtsprechung zugute halten, daß es nicht in jedem einfach gelagerten Fall angebracht sein mag, auf den Sinn und die Rechtfertigung des Doppelverwertungsverbots einzugehen. Trotzdem ist es von erheblicher Bedeutung, daß man sich über den Grund des Verbots im klaren ist, da es nur dann möglich sein wird, zweifelhafte Grenzfälle zu entscheiden. Auch für die Frage, ob es zulässig ist, das klassische Prinzip auf straffrahmenbildende Umstände auszudehnen, kann nur die Besinnung auf den Grundgedanken des Verbots zu einer sachgerechten und folgerichtigen Lösung führen.

1) Natürlich dürfen Tatbestandsmerkmale auch nicht dazu benutzt werden, um das Vorliegen mildernder Umstände zu verneinen (RG Recht 1911 Nr. 2491), die Strafaussetzung zur Bewährung oder die Anwendung des § 27b StGB abzulehnen (BGH NJW 55, 996 bzw. RG JW 29, 2750 m. Anm. Mezger).

Man könnte zunächst daran denken, wie es zuweilen auch geschieht ¹⁾, das Verbot der Doppelverwertung von Tatbestandsmerkmalen auf den zum Verfassungsrang erhobenen Grundsatz des "ne bis in idem" zurückzuführen, wobei sich die Vermutung aufdrängt, daß diese Überlegungen maßgebend schon durch die sprachliche Übereinstimmung von Doppelbestrafung und Doppelverwertung inspiriert ist. Man glaubt, der Gedanke des "ne bis in idem" müsse als allgemeiner Rechtsgrundsatz dahingehend formuliert werden, daß aus ein und derselben Tatsache nicht zweimal zuungunsten des Betroffenen Folgen abgeleitet werden dürften. Dadurch daß aber eine Strafzumessungstatsache bereits bei der Aufstellung des Straftatbestandes verwertet worden sei, lege man sie dem Täter bereits zur Last. Sie äußere für ihn insofern ungünstige Folgen, als sie gemeinsam mit anderen Tatbestandsmerkmalen strafbegründend wirke. Daher dürfe aus ihr nicht noch einmal eine ungünstige Folge, als welche sich eine Straferhöhung bei der Strafzumessung darstellen würde, gezogen werden.

Der Versuch, das Verbot der Doppelverwertung von Tatbestandsmerkmalen auf den in Art. 103 III GG Ausdruck gefundenen Grundsatz des "ne bis in idem" zurückzuführen, fordert jedoch zu Bedenken heraus:

Die Vorschrift des Art. 103 III GG nimmt auf den bei Inkrafttreten des Grundgesetzes geltenden Stand des Prozeßrechts Bezug ²⁾. Das Reichsgericht hat dabei in ständiger Rechtsprechung, der sich auch der Bundesgerichtshof angeschlossen hat, betont, daß es sich bei dem Satz "ne

1) Schleutker S. 51f

2) BVerfGE 3, 248; BVerfG NJW 61, 867.

bis in idem" einmal um einen sachlich-rechtlichen Schutz des bereits vorher bestraften Täters gegen eine erneute Bestrafung wegen derselben Tat und zum anderen um ein Verfahrenshindernis handle¹⁾). Die Vorschrift will somit dem schon bestraften oder rechtskräftig freigesprochenen Täter Schutz gegen erneute Verfolgung und Bestrafung wegen derselben Tat garantieren.

Der Grundsatz "ne bis in idem" bedeutet als Schutzrecht also allein, daß wegen d e r g l e i c h e n T a t kein neues Verfahren anhängig gemacht und keine erneute Strafe ausgesprochen werden darf, nicht aber verbietet er eine nochmalige ungünstige Verwertung eines einzelnen Tatbestandsmerkmals innerhalb eines nur einmal zur Aburteilung stehenden Tatkomplexes.

Der wirkliche Grund des Doppelverwertungsverbots ist vielmehr in folgender Überlegung zu erblicken: Bei der Strafzumessung trifft den Richter die Aufgabe, die Strafe im Einzelfall, also nach dem jeweils verschiedenen Schuld- und Unrechtsgehalt der einzelnen Tat, zuzumessen. Er benötigt also Merkmale, die ihm gestatten, die konkrete Straftat hinsichtlich ihrer Schuldschwere in den ihr zukommenden Platz innerhalb der breiten Skala des gesetzlichen Strafrahmens einzuordnen. Merkmale, die bei der Aufstellung des Strafrahmens bereits Verwendung gefunden haben, treffen aber gleichmäßig und ausnahmslos auf alle Erscheinungsformen des betreffenden Delikts und nicht nur

1) RG 72, 102; BGH GrS 5, 323; BGH NJW 53, 393;
s. a. Holtkotten, Bonner Kommentar, Art. 103 Anm. 4; Mangoldt,
Das Bonner Grundgesetz, Art. 103 Anm. 4; Maunz-Dürig, Art.
103 III Anm. 125ff.

auf den zur Aburteilung stehenden Fall zu, so daß sie im Einzelfall kein besonderes Merkmal bilden können, das eine Strafschärfung oder Strafmilderung zu rechtfertigen vermöchte.¹⁾ Diesen Gesichtspunkt hat bereits B e - l i n g ²⁾ deutlich herausgestellt mit seinen Worten, daß ein derartiges Merkmal "das Strafminimum, das Maximum und alle dazwischen liegenden Strafgrößen unterschiedslos in der gleichen Weise" beherrsche. Auch die Begründung des Entwurfs stellt auf diese Erwägung ab: "Allerdings sind Umstände, die bereits Merkmale des gesetzlichen Tatbestandes sind, als solche ausgenommen. Denn sie sind es, die den Gesetzgeber bei der Aufstellung des Strafrahmens geleitet haben und daher auf der ganzen Breite dieses Rahmens bereits berücksichtigt sind und vorausgesetzt werden".³⁾ Neben den g e n e r e l l e n Umständen, die wir bei jeder denkbaren Fallgestaltung eines Tatbestandes antreffen, stehen also die i n d i v i - d u e l l e n Merkmale, die charakteristisch für die gerade vorliegende Handlung sind, die eine Einstufung der Tat hinsichtlich ihrer Strafwürdigkeit und damit überhaupt erst die Zumessung der gerechten Strafe im Einzelfall ermöglichen. Nur diese für die zur Aburteilung stehende Tat spezifischen Merkmale können für die Strafzumessung herangezogen werden, nicht aber die generellen, im gesetzlichen Tatbestand schon zum Ausdruck gekommenen und auf alle denkbaren Fallgestaltungen gleichermaßen zutreffenden Umstände. Damit erklärt sich also, weshalb einzelne Merkmale, die der Gesetzgeber bereits zum Aufbau des jeweiligen Tatbestandes herangezogen hat, bei der Strafzumessung im Einzelfall nicht e r n e u t verwertet werden dürfen. Denn da diese Umstände als Tat-

1) s. z. B. RG 70, 145; RG JW 26, 2198.

2) Beling JW 24, 1721.

3) Begründung E 1962 S. 181.

bestandsmerkmale s t e t s erfüllt sein müssen, wenn das Delikt verwirklicht sein soll, stellen sie als generelle Merkmale ü b e r h a u p t keine geeigneten Kennzeichen dar, um die einzelnen Fallgestaltungen hinsichtlich ihrer Schwere voneinander abzuschichten.

Daher ist es etwa unzulässig, im Fall der vorsätzlichen oder fahrlässigen Tötung in den Strafzumessungsgründen darauf zurückzugreifen, daß durch die Handlung des Angeklagten ein Menschenleben vernichtet wurde.¹⁾ Das gleiche trifft für die Formulierung zu, daß dem Angeklagten zwar mildernde Umstände zuzubilligen seien, der Wert eines Menschenlebens aber, selbst wenn der Getötete nicht viele lobenswerten Eigenschaften besessen habe, so hoch veranschlagt werden müsse, daß die Tat mit einer allzu kurzen Gefängnisstrafe nicht gesühnt erscheinen könne.²⁾ Denn auch hier wird der Tod, der schon zur Aufstellung des Strafrahmens der fahrlässigen Tötung geführt hat, bei der Festsetzung der Strafe im Einzelfall nochmals zuungunsten des Angeklagten verwertet. Ebenso kann bei der Tierquälerei nach § 9 III TierschutzG (früher § 360 Nr. 13 StGB) die Gefühllosigkeit des Täters das Strafmaß nicht beeinflussen, da die rohe, einer gefühllosen Gesinnung entspringende Mißhandlung bereits ein Tatbestandsmerkmal bildet.³⁾ Aus den gleichen Erwägungen darf das Gericht bei der übermäßigen Gebührenerhebung des § 352 StGB nicht das Ausnutzen der Stellung als Anwalt⁴⁾, bei der Kuppelerei durch Zimmervermietung nach

1) RG 57, 379; RG DJZ 1903, 404 und 1913, 412; RG JW 25, 2773 m. Anm. Wegner u. JW 26, 818 m. Anm. Coenders; RMG 19, 190 (193); BayObLG VRS 7, 133; OLG Stuttgart RdK 1955, 124; Rosenmeyer GS 66, 189;

2) RG JW 31, 3376 ;

3) BayObLGst 10, 39;

4) Urteil des BGH vom 8.7.55-1 StR 178/55-S.7: "Bedenklich ist die Auffassung des Urteils, daß "auch in anderen Fällen" mithin auch im Falle der Gebührenüberhebung der Angeklagte seine Stellung als Anwalt ausgenutzt habe. Das würde in diesem Fall darauf hinauslaufen, daß ein Tatbestandsmerkmal der Strafvorschrift selbst als ein Strafschärfungsgrund verwendet worden ist."

§ 180 III StGB nicht das Ausbeuten der Dirne¹⁾, bei der schweren Kuppelei des § 181 StGB nicht das Anhalten der Ehefrau zur Unzucht²⁾, bei der Kindsmißhandlung nach § 223b StGB nicht die "offensichtliche Absicht, die Kinder zu quälen"³⁾ oder bei der Hehlerei nicht das dem Täter gewährte Vorschubleisten⁴⁾ strafscharfend berücksichtigen. Unter der Geltung der §§ 222 II, 230 II StGB, die eine Strafschärfung bei der Vernachlässigung der Aufmerksamkeit, zu der der Täter vermöge seines Amtes, Berufes oder Gewerbes besonders verpflichtet war, vorsahen, konnte erschwerend nicht ins Gewicht fallen, daß der Angeklagte etwa kraft seines Berufes als Kutscher zur Aufmerksamkeit beim Fahren besonders angehalten war⁵⁾, da dieser Umstand zum gesetzlichen Tatbestand j e d e s nach §§ 222 II, 230 II StGB strafbaren Vergehens gehörte. Das Verbot der Doppelverwertung von Tatbestandsmerkmalen muß selbstverständlich auch dann gelten, wenn zwar nicht das geschriebene Tatbestandsmerkmal selbst, jedoch ein synonymes Wort oder das wesentliche Kennzeichen dieses Tatbestandsmerkmals in den Strafzumessungsgründen wiederholt wird. So kann etwa bei der Hinterziehung von Beiträgen zur Sozialversicherung nicht noch besonders strafscharfend berücksichtigt werden, daß die Versicherung eine Sozialeinrichtung ist.⁶⁾

2. Das Verbot der Verwertung des jeweiligen Zwecks der Vorschrift.

Seit jeher wird angenommen, daß das Doppelverwertungsverbot in seiner "klassischen Gestalt" nicht nur die Tatbestandsmerkmale, sondern darüberhinaus den Zweck

1) RG HRR 37, 898;

2) RG HRR 37, 899;

3) OLG Frankfurt HEST 2, 218;

4) RG JW 25, 1403;

5) RG DJZ 1904, 556; RG JW 31, 880;

6) RG JW 31, 3178; Spohr, Die Frage der ehrengerichtlichen Bestrafung der Hinterziehung von Beiträgen zur Reichsversicherung, JW 36, 2293 (2295);

der gesamten Vorschrift oder den Zweck einzelner Tatbestandsmerkmale umfaßt. Wenn auch dieser die Strafbestimmung rechtfertigende Grund nicht expressis verbis im Tatbestand fixiert ist, so ist doch entscheidend, daß der innere Beweggrund bei der Aufstellung des gesetzlichen Strafrahmens bereits Berücksichtigung gefunden hat und als *g e n e r e l l e s* Merkmal unterschiedslos auf alle strafbaren Handlungen der Deliktsart in gleicher Weise zutrifft. Damit kann der vom Gesetzgeber verfolgte Zweck der Vorschrift kein individuelles Merkmal bilden, das im Einzelfall eine hohe oder niedere Strafe innerhalb des gesetzlichen Strafrahmens gestatten könnte. Als Beispiele für diesen Gedanken lassen sich etwa folgende Fälle anführen:

Bei der Unzuchtshandlung eines Strafanstaltsbeamten mit einem Gefangenen kann nicht die Erwägung bestehen bleiben, daß das Vertrauen zu den Beamten der Strafvollstreckung durch das Vorgehen des Täters herabgemindert worden sei.¹⁾ Denn der gesetzgeberische Grund des § 174 Nr. 2 StGB (früher § 174 Nr. 3 StGB) liegt im Mißbrauch des bestehenden Dienstverhältnisses, das gerade das Vertrauen in eine korrekte Verhaltensweise des Beamten begründet und das bei *j e d e m* Verstoß gleichermaßen verletzt wird. Ebenso darf bei der Unzucht mit Kindern nach § 176 Nr. 3 StGB nicht strafscharfend berücksichtigt werden, daß die Jugend vor solchen Angriffen auf ihre geschlechtliche Unverdorbenheit eines wirksamen Schutzes bedürfe, da dieser Gedanke bereits für die Festlegung des Straftatbestandes bestimmend gewesen ist.²⁾ Bei der gleichgeschlechtlichen Unzucht gehört die Überlegung, daß das Laster den Bestand des Volkes gefährden könne³⁾, zum Wesen jeder Straftat dieser Art. Auch bei dem Beischlaf mit einer geisteskranken Frau nach § 176 Nr. 2 StGB bedeutet der Hinweis auf die Gemeinheit der

1) RG JW 38, 1878;

2) RG JW 36, 2994; RG HRR 1481; BGH b. Dallinger MDR 51, 276; s. zu § 176 Nr. 3 StGB auch BGH JR 54, 227;

3) RG JW 36, 1674 (1676);

Handlungsweise nichts anderes als eine Wiederholung eines im gesetzlichen Strafraumen bereits zum Ausdruck gekommenen Gedankens, da die Schändung einer geisteskranken Frau ihrem Wesen nach immer eine gemeine, niederträchtige Handlungsweise darstellt.¹⁾ Bei der Kuppelei kann die Überlegung, daß das Kuppelunwesen zahlreiche Straftaten im Gefolge zu haben pflegt, den Gesetzgeber zur Androhung der Mindestgefängnisstrafe und der Nebenstrafen bestimmt haben, so daß sie auf alle Vergehen der Kuppelei, nicht nur auf das vorliegende zutrifft.²⁾ Ebenso hat die Abtreibung den Gedanken der "Gefährdung des deutschen Volkstums"³⁾ oder der "zerstörenden Wirkung auf die Sittlichkeit und Kraft des Volkes"⁴⁾ als inneren Beweggrund für die Aufstellung des Strafraumens in sich aufgenommen. Das gleiche begegnet uns bei der Brandstiftung mit dem Gedanken der Schädigung der Volkswirtschaft.⁵⁾

Ähnlich darf bei dem Überlassen eines Kraftfahrzeuges an eine Person ohne Fahrerlaubnis nicht die abstrakte Gefährlichkeit⁶⁾, die mit jedem Vergehen nach § 24 II StVG verbunden ist, strafscharfend verwertet werden. Die gleiche Überlegung trifft bei der Trunkenheit am Steuer nach § 2 StVZO, § 21 StVG für die Gefährlichkeit des Fahrens unter Alkoholeinfluß⁷⁾ oder bei der Unfallflucht für die Erwägung zu, daß "Unfallflucht ein im höchsten Maß verwerfliches Vergehen sei".⁸⁾

Da die durch das Fangen in Schlingen verursachte Tierquälerei eine besonders rohe und hinterhältige Art der

1) RG JW 37, 3086;

2) BayObLGSt 1950/51 S. 349;

3) RG GA 74, 67;

4) RG JW 26, 1926 = RG Recht 1926, 329; RG DR 39, 1508;

5) RG JW 26, 2687 m. Anm. Wegner;

6) OLG Hamm DAR 55, 28;;

7) OLG Neustadt DAR 57, 236;

8) OLG Hamm VRS 9, 37;

Wilderei darstellt, sah sich der Gesetzgeber veranlaßt, das Nachstellen mit Schlingen als qualifizierte Abwandlung der Wilderei auszugestalten (§ 292 II StGB), so daß die in dem Schlingenstellen zum Ausdruck kommende verwerfliche und niedere Gesinnung des Täters ¹⁾ nicht nochmals bei der Strafzumessung strafscharfend verwertet werden darf. Auch bei einem Vergehen des Schmuggels kann eine Gefängnisstrafe nicht mit der Verwerflichkeit des Handelns schlechthin ²⁾ begründet werden, da der Schmuggel stets verwerflich ist und diesem Umstand durch die Strafdrohung Rechnung getragen wird. Wenn bei einem Meineid das Interesse der Rechtspflege an der Heilighaltung des Eides oder die hervorragende Bedeutung des Eides für die Rechtspflege betont wird, so übersieht man dabei, daß die Eidesdelikte Verstöße gegen die Rechtspflege darstellen, deren Wirksamkeit durch derartige Strafdrohungen gesichert werden soll, und daß demnach das Interesse der Rechtspflege bereits den gesetzgeberischen Grund der Vorschrift bildet ³⁾. Aus den gleichen Überlegungen heraus muß es unzulässig sein, bei der Strafzumessung wegen Urkundenfälschung anzuführen, die Straftat richte sich gegen die Sicherheit des Rechtsverkehrs und sei auch deshalb gefährlich, weil Urkunden als Beweismittel besonderen Schutz verdienen. ⁴⁾ Ebenso kann bei der Pflichtwidrigkeit des Geschäftsführers einer GmbH die gemeingefährliche Verletzung der Sicherheit des geschäftlichen Verkehrs nicht strafscharfend im Bereich des § 266 StGB verwertet werden. ⁵⁾

Da bei dem Eisenbahndiebstahl des § 243 Nr. 4 StGB der Gedanke, daß die auf dem Transport befindlichen Sachen besonders der Gefahr der Entwendung ausgesetzt sind und dabei große Schäden, wie auch Unsicherheit unter den Benutzern dieses Transportmittels entstehen können, zu der

1) RG GA 74, 207; RG JW 36, 2234;

2) RG 70, 138 = JW 36, 1784;

3) RG JW 24, 1721; 27, 2012; RG BayZ 1927, 353; RG DRiZ 1928, 832; RG HRR 37, 616; BGH MDR 51, 176 u. 62, 664f; für d. Fall der eidesstattlichen Versicherung: RG DRiZ 29, 903; RG JW 31, 1568;

4) RG DRiZ 1929, 410;

5) RG JW 31, 1612 m. Anm. Bohne;

Aufstellung der Diebstahlsqualifizierung geführt hat, können diese Überlegungen wegen ihrer auf a l l e Eisenbahndiebstähle gleichermaßen möglichen Anwendbarkeit bei der Strafzumessung im Einzelfall kein besonders straherhöhesendes Merkmal bilden.¹⁾ Nicht anders verhält es sich mit der Berücksichtigung des Umstandes, daß Metallediebstähle zum großen Teil unterbunden würden, wenn es nicht immer wieder Händler gebe, die gestohlenes Gut ankaufen würden (§ 18 Gesetz über den Verkehr mit unedlen Metallen)²⁾. Ebenso hat der Gedanke des Schutzes des "um seine Existenz kämpfenden Winzerstandes und des ehrlichen Weinhandels"³⁾ den Gesetzgeber zum Erlaß der schwereren Strafdrohung gegen Weinpantecherei im Weingesetz bestimmt. Auch bei Handlungen gegen das Gesetz gegen den unlauteren Wettbewerb steht der Schutz der redlichen Kaufleute im Vordergrund, so daß das Treu und Glauben im Geschäftsverkehr untergrabende Verhalten des Täters gleichermaßen auf alle Verstöße gegen das UWG zutrifft.⁴⁾ Ähnlich kann bei Steuerdelikten nicht der Gedanke, daß dadurch sowohl die ordentlichen Geschäftsleute wie auch der Fiskus empfindlich getroffen würden⁵⁾, oder bei Devisenvergehen nicht die Schädigung der Währung⁶⁾ als Strafschärfungsgrund bei der Strafzumessung verwendet werden. Bei den Beamtdelikten schließlich finden sich ebenfalls häufig Verstöße gegen das Verbot der Doppelverwertung von Tatbestandsmerkmalen, sei es daß der Beamte zu treuer Dienstleistung dem Staat gegenüber angesehen wird⁷⁾, sei es daß "das öffentliche Interesse erfordere, daß die öffentliche Verwaltung und das Beamtentum rein erhalten bleiben".⁸⁾

Unter der Kriegswirtschaftsverordnung vom 4.9.1939 konnten etwa die Überlegungen, der Angeklagte habe die Be-

1) RG JW 31, 3376;

2) Vgl. BGH b. Herlan GA 1953, 77;

3) RG BayZ 1934, 25;

4) Vgl. RG DRiZ 1928 Nr. 933;

5) RG JW 37, 470; OLG Hamburg JR 54, 470;

6) RG JW 35, 1939;

7) RG DRiZ 1927 Nr. 503; vgl. auch RG SächsA 6 (1911), 225;

8) RG JW 37, 169;

friedigung seiner Gelüste höher gestellt als die Pflicht, die er aufgrund der Kriegszeiten hätte, oder der Angeklagte habe sich böswillig unter Mißachtung der Belange der Volksgemeinschaft über die den lebenswichtigen Bedarf des Volkes schützenden und sicherstellenden Bestimmungen hinweggesetzt ¹⁾, keine Beachtung finden, da darin lediglich der die Vorschrift rechtfertigende Grundgedanke zum Ausdruck kam. ²⁾

III. Die "Soweit-Formulierung" des § 60 II 1 des Entwurfs 1962.

1. Gradabstufungen.

Schon seit dem Beginn der Beratungen zur Strafrechtsreform plante man, das Verbot der Doppelverwertung von Tatbestandsmerkmalen in dem zukünftigen Gesetz festzulegen. ³⁾ So fand dieser Grundsatz schon in § 62 des Entwurfs 1959 I Anerkennung: Danach sollte der Richter bei der Zumessung der Strafe abwägen, welche Umstände, die nicht zum gesetzlichen Tatbestand gehörten, für und gegen den Täter vorlägen. Im Laufe der Beratungen wurden aber Bedenken geltend gemacht, ob die Wendung "Umstände, die nicht zum Tatbestand gehören" nicht dahin mißverstanden werden könnte, daß auch die Art und Weise, in der die Merkmale des gesetzlichen Tatbestandes verwirklicht werden, keine Berücksichtigung finden dürfte. ⁴⁾ Schon früher hatte in diesem Zusammenhang S a u e r

1) RG DR 40, 1668f m. Anm. Mittelbach; RG DR 44, 331f.

2) Siehe zum Verbot der Doppelverwertung von Tatbestandsmerkmalen auch Jagusch LK B II 1 d vor § 13; Maurach AT S. 666; Peters, Die kriminalpolitische Stellung des Strafrichters, S. 99f; Schröder Vorb. § 13/60.

3) Dreher ZStW 66, 572.

4) Koffka Prot XII 59; s. bes. die Kritik Niedersachsens, zit. nach den Vorschlägen u. Bemerkungen der Sachbearbeiter des BJMin, Prot XII 470.

die Bemerkung, daß die für die Tatbestandsbildung vom Gesetzgeber verwendeten Merkmale nicht noch einmal vom Richter für die Strafzumessung verwertet werden dürften, als irreführend bekämpft.¹⁾²⁾ Sauer betont, daß vom Richter selbstverständlich berücksichtigt werden könne, daß ein gesetzliches Tatbestandsmerkmal in besonders hohem Maße bei der Tat verwirklicht worden sei, etwa besonders große Jugendlichkeit, starke Abhängigkeit, besonders großer Eigennutz oder ein hoher Grad der Gefährdung der Sexualordnung. Ebenso hob schon Mannheim³⁾ hervor, daß bei der unerlaubten Entfernung eines Soldaten die "Dauer" der eigenmächtigen Abwesenheit trotz ihrer Eigenschaft als Tatbestandsmerkmal⁴⁾ die Strafe entscheidend beeinflusse, je nachdem, ob die Entfernung 20 Tage oder 5 Monate gewährt habe. Auch Spendel⁵⁾ stellt die Frage, ob die fahrlässige Tötung einer Schwangeren nicht ein schwererer Erfolg als die Tötung einer Nichtschwangeren oder eines Mannes und nicht strafscharfend sei. Ebenso unterstreicht auch Maurach⁶⁾, daß das Verbot dort seine Grenze finde, wo Erfolg und Begehungsart über die "Normalfälle" hinausgingen, die die gesetzliche Vertypung im Auge habe.

Die Erkenntnis, daß immerhin die Art und Weise, in der die Merkmale des gesetzlichen Tatbestandes verwirklicht werden, für die Strafzumessung herangezogen werden dürfe, hat zu einer Änderung der Formulierung des § 62 E 1959 I geführt. Zu einer Streichung der Wendung "Umstände, die nicht zum Tatbestand gehören" entschloß man sich nicht, da man die Erwähnung des Verbots wegen der häufigen Verstöße der Instanzgerichte für unumgänglich hielt. Die Bedenken glaubte man mit der Formulierung in § 60 II 1 E 1962 zu zerstreuen: "Umstände, soweit (!) sie nicht schon Merkmale des gesetzlichen Tatbestandes sind". Die Begründung

1) Sauer BT S. 580 Anm. 44.

2) Vgl. auch Sauer AT (1949) S. 119f; dazu Spendel aaO S. 51, 157.

3) Mannheim ZStW 42, 51.

4) §§ 64, 66 MStGB; vgl. § 15 WStGB

5) Spendel aaO S. 37 Anm. 1, S. 157 Anm. 4, S. 231.

6) Maurach AT S. 666.

zu § 60 E 1962 geht in diese Richtung: "Allerdings sind Umstände, die bereits Merkmale des gesetzlichen Tatbestandes sind, als solche (Sperrdruck vom Verfasser) ausgenommen.... Das bedeutet allerdings nicht, daß es dem Richter verwehrt wäre, die besondere Art, in der solche Umstände des Tatbestandes im Einzelfall gegeben oder verwirklicht worden sind, bei der Strafzumessung zu verwerten. Das bringt der Entwurf durch das Wort "soweit" zum Ausdruck." ¹⁾

Die Rechtsprechung hat es schon immer für zulässig erachtet, Umstände bei der Strafzumessung zu berücksichtigen, die sich als graduelle Abweichungen bei der Verwirklichung der Tatbestandsmerkmale darstellten. Auch die "Soweit-Fassung" im Entwurf 1962 soll klarstellen, daß die besonderen Modalitäten der Verwirklichung der Tatumstände bei der Strafzumessung beachtet werden dürfen. So kann bei einer Fahrlässigkeitstat zwar nicht die Fahrlässigkeit als solche nochmals bei der Zumessung der Strafe herangezogen werden, wohl aber ihr Grad und damit die Feststellung, ob eine geringfügige Unachtsamkeit oder eine bedenkliche Verantwortungslosigkeit vorliegt. ²⁾ Man hat dies deshalb für gerechtfertigt erklärt, weil Tatbestandsmerkmal nur die Fahrlässigkeit an sich sei, nicht aber die Abstufungen der Fahrlässigkeit. ³⁾ Der tiefere Grund für die Zulässigkeit der Verwertung solcher Gradabstufungen liegt aber auch hier darin, daß die individuellen, vom Durchschnitt eben abweichenden Eigentümlichkeiten des konkreten Falles Berücksichtigung finden müssen, da sie als besondere Merkmale im Einzelfall erst die gerechte Zumessung der Strafe ermöglichen.

Mag also die Verwerflichkeit der Tat nicht strafschärfend berücksichtigt werden können, wenn dieser Umstand gerade zur Schaffung des Deliktstatbestandes geführt hat,

1) Begründung E 1962 S. 181; s. a. Dreher Prot XII 238, der die Bedenken von Koffka Prot XII 59 zerstreut.

2) z. B. BGH VRS 18, 201; BGH NJW 52, 1305; OLG Hamm VRS 9, 214;

3) So etwa der Österr. OGH in ÖJZ 54, 570;

so darf doch ein besonders verwerfliches Handeln, eine außergewöhnlich niedrige und verächtliche Ausführungsart zuungunsten des Täters in Betracht gezogen werden.¹⁾ Ebenso kann bei einem Meineid schärfend verwertet werden, daß der Täter es besonders leicht mit seiner Eidespflicht genommen hat, was dann naheliegt, wenn die unwahre Aussage von ihm in einem Verfahren von ganz geringfügiger Bedeutung beschworen worden ist.²⁾ Bei der Abtreibung ist es zulässig, die besondere Lebensgefahr, die sich im Einzelfall für die Schwangere durch die laienhafte und verantwortungslose Handlungsweise des Täters ergibt und die über die sonst üblicherweise mit einer Abtreibung verbundenen Gefahr für die Mutter hinausgeht, in Rechnung zu stellen.³⁾ Wenn auch der Zweck des § 113 StGB generell in dem Schutz des Vollstreckungsbeamten besteht, so kann doch die erhöhte Gefährdung, der etwa die Beamten der Feldschutzpolizei aufgrund ihrer Tätigkeit in unbewohnten Gebieten ausgesetzt sind, die Annahme einer größeren Strafwürdigkeit des Täters bei einem Widerstand rechtfertigen.⁴⁾ Bei der einfachen oder auch räuberischen Erpressung mit Gewalt ist eine körperliche Verletzung des Opfers nicht notwendiges Tatbestandsmerkmal, so daß etwa der Umstand, daß der Täter den Erpreßten geohrfeigt hat, schärfend verwertet werden darf.⁵⁾

Bei der früheren Fassung des § 219 StGB⁶⁾ bedeutete die Gewerbsmäßigkeit der Handlungsweise, die sich von der Tätigkeit "gegen Entgelt" dadurch unterscheidet, daß sie die

1) So auch, wenn der Täter bei der gefährlichen Körperverletzung (§ 223a StGB) mit überaus hoher Gefühlsroheit vorgegangen ist (RG DR 43, 754) oder wenn sich sein Angriff gegen die Schwester gerichtet hat (RG JW 28, 2233).

2) RG JW 38, 166;

3) RG LZ 1916, 1254; weitergehend OLG Braunschweig NdsRPfl 49, 219;

4) BGH GA 1955, 244;

5) BGH Urt. v. 9.12.55-2 StR 348/55-S.7: "Die Körperverletzung durfte die Strafkammer strafscharfend berücksichtigen, obwohl sie das Verfahren insoweit eingestellt hat. Sie ist kein Merkmal des § 253 StGB..."

6) § 219 a.F.: "Mit Zuchthaus bis zu 10 Jahren wird bestraft, wer einer Schwangeren, welche ihre Frucht abgetrieben oder getötet hat, gegen Entgelt die Mittel hierzu verschafft, bei ihr angewendet oder ihr beigebracht hat."

Absicht voraussetzt, aus der Tätigkeit eine fortlaufende Einnahmequelle zu erschließen, einen Gradunterschied zum Handeln gegen Entgelt und damit eine Steigerung der verbrecherischen Energie.¹⁾ Auch bei einer Geldhörung konnte die eigennützige Gesinnung des Täters als strafscharfender Umstand im Betracht gezogen werden, da bei der Geldhörung nach § 1 II KwVO zwar meist, nicht aber stets eigensüchtige Motive denkbar waren.²⁾ Ebenso verhielt es sich, wenn der Täter sich s c h w e r an der Versorgung der Allgemeinheit vergangen hatte³⁾, da eine Gefährdung der Bedarfsdeckung i. S. des § 1 KwVO bereits mit dem Beiseiteschaffen von nur 50 kg Fleisch als erfüllt angesehen wurde. Desgleichen konnte unter der Geltung des § 215 StGB, der den Aszendententotschlag unter Strafe stellte, der Totschlag an dem ehelichen Vater als außergewöhnlich strafwürdig angesehen werden⁴⁾, da der Kreis der Personen alle Verwandte aufsteigender Linie erfaßte, so daß sich der Anschlag auf den ehelichen Vater als besonders verwerflich im Vergleich zu den anderen möglichen Fallgestaltungen des Tatbestandes darstellte.

2. Phrasenhafte Wendungen.

Gradabstufungen liegen auch dann vor, wenn der Täter etwa eine kinderreiche Mutter getötet, eine arme Rentenempfängerin betrogen oder einen Invaliden körperlich mißhandelt hat,⁵⁾ da bei diesen Beispielen die Auswirkungen der Tat und die Größe des Unrechts von dem Durchschnitts-

1) RG LZ 1922, 721; s. a. RG GA 74, 67;

2) RG DR 41, 2188;

3) OLG Braunschweig NdsRPfl 47, 27ff (Der Täter hatte insgesamt 1 Ochsen, 2 Rinder und 1 Kalb beiseitegeschafft);

4) RG JW 33, 2060;

5) Vgl. OGH 2, 103; Seibert MDR 52, 458; Seibert JZ 54, 651f;

fall abweichen, den der Gesetzgeber mit den Tatbestandsmerkmalen "Mensch" oder "ein anderer" vor Augen gehabt hat. Prüft man demnach den Wirkungsbereich und die Bedeutung des Opfers für die Allgemeinheit oder seine nähere Umgebung, so lassen sich nicht selten graduelle Abweichungen rechtfertigen. Allerdings muß bei den Formulierungen, die der Richter gebraucht, darauf geachtet werden, ob sie tatsächlich Gradabstufungen bei der Verwirklichung der Tatbestandsmerkmale charakterisieren sollen oder ob lediglich Floskeln verwendet werden, die im Kern nichts anderes als die Erfüllung des Tatbestandsmerkmals als solches ausdrücken. So spricht aus den Ausschmückungen vom "rüstigen Greis", vom "blühenden Menschenleben" ¹⁾ oder von dem "Mann auf der Höhe seines Schaffens" häufig nur in etwas versteckter Form die unzulässige Erwägung, daß ein Menschenleben vernichtet wurde. Formulierungen dieser Art können nur dann aufrecht erhalten werden, wenn sich aus den sonstigen Urteilsgründen deutlich ergibt, daß der phrasenhafte Ausdruck für eine hinsichtlich der Strafwürdigkeit vom Durchschnitt abweichende Verwirklichung des Tatbestandsmerkmals steht. ²⁾ Lediglich im Zusammenhang mit dem gesamten Urteil läßt sich ermitteln, ob der Richter durch derartige Floskeln nur etwas ungeschickt die besondere soziale Auswirkung der Tat kennzeichnen wollte. Erst wenn dies durch die Angabe bestimmter Tatsachen feststeht, wenn sichtbar mit der Bezeichnung "hoffnungsvolles Leben" gemeint war, daß es sich um den einzigen Sohn und daher um einen besonders schweren Verlust für die Eltern handelte ³⁾, könnte man geneigt sein, gegen eine derartige Formulierung nichts einzuwenden, wenn sie auch wegen der mit ihr verbundenen Unsicherheit möglichst vermieden werden sollte. Jedoch sind diese Wendungen einem weiteren Bedenken ausgesetzt, auf das besonders S p e n d e l hingewiesen hat. S p e n d e l hält zu Recht etwa die Formel vom "gesunden Menschen in den besten Lebensjahren" für verfänglich, da sie die Gegenfrage wachrufe: "Soll die Tötung einer alten gebrechlichen Frau oder eines hochbetagten angesehenen Gelehrten weniger strafwürdig sein?" ⁴⁾ Mit ähnlichen Wendungen setzt sich der Richter also dem Vorwurf aus, den Menschenleben einen verschiedenen Wert zu geben.

1) Vgl. BGH VRS 5, 213.

2) Bes. Kleinknecht KM § 267/9 b I.

3) Bay ObLG NJW 54, 1211.

3) Spendel, Strafmaß, S. 56, 57.

3. "Elastische Handhabung" des Verbots?

Oben wurde bereits ausgeführt, daß der Zweck der Vorschrift, den der Gesetzgeber bereits bei der Aufstellung des Strafrahmens im Auge hatte, nicht nochmals innerhalb des Rahmens verwertet werden darf. Dies trifft auch für die Verwertung des allgemeinen Gesichtspunktes der Generalprävention, der Spezialprävention oder der Sühne zu, wenn dabei nicht individuell auf den Einzelfall abgestellt wird.¹⁾ So gestattet etwa der allgemeine Hinweis, die erschreckend zunehmende Häufigkeit schwerer Verkehrsunfälle mache die Bekämpfung von Verkehrsstraftaten durch Abschreckung anderer Verkehrsteilnehmer erforderlich, noch nicht die Strafschärfung für den Einzelfall.²⁾ Während sich also offenbar eine strikte Einhaltung des Verbots der Doppelverwertung von Tatbestandsmerkmalen in der Rechtsprechung beobachten läßt, scheint eine Entscheidung des Bundesgerichtshofs, abgedruckt bei Dallinger MDR 53, 148, den Beginn einer Auflockerung dieses Verbots einzuleiten, da in ihr nicht die Formulierung beanstandet wird, daß das öffentliche Interesse zum Schutz der Allgemeinheit schwerste Bestrafung von Gewaltverbrechen verlange. Der BGH, auf den in anderen Entscheidungen Bezug genommen wird³⁾, begründet seine Auffassung damit, daß bei den Erwägungen über die Strafzumessung "der Grundgedanke der verletzten Strafvorschrift nicht aus den Augen gelassen" werden dürfe.

Diese Entscheidung, für die das Schlagwort von der "elastischen Handhabung" des Verbots der Doppelverwertung von Tatbestandsmerkmalen geprägt wurde⁴⁾, hat in der Li-

1) OLG Frankfurt DAR 56, 14; Bruns, v. Weber-Festschrift, S. 93;

2) BGH NJW 55, 996; weitere Nachweise bei Bruns aaO Anm. 65;

3) Vgl. OLG Köln NZfWehrR 1963, 133f;

4) Koffka JR 55, 323; vgl. Bruns NJW 56, 243;

teratur erhebliches Aufsehen erregt. Besonders S a r - s t e d t ¹⁾ und v . W e b e r ²⁾ sind der Ansicht, daß damit eine neue Entwicklung begonnen habe und in Zukunft die strafscharfende Berücksichtigung von Tatbestandsmerkmalen nicht mehr stets mit der Aufhebung des Urteils beantwortet werde. Demgegenüber glaubt E b . S c h m i d t ³⁾, das genannte Urteil löse sich nicht von der bisherigen Linie.

Soweit man die Entscheidung des Bundesgerichtshofs scharf gegen die Rechtsprechung des Reichsgerichts abgehoben wissen will ⁴⁾, da das Reichsgericht einen Verstoß gegen das Verbot der Doppelverwertung von Tatbestandsmerkmalen unweigerlich mit der Aufhebung des Urteils geahndet habe, sei auf ein Urteil des Reichsgerichts in GA 55, 308 ⁵⁾ hingewiesen. Auch damals schien man dem Gedanken der Berücksichtigung des mit der Vorschrift verbundenen allgemeinen Strafzwecks nicht allzu abgeneigt gewesen zu sein, da man nichts gegen eine mit folgenden Worten begründete Strafschärfung einzuwenden hatte: "Eine ausgiebige Gefängnisstrafe ist angezeigt, damit solchem Treiben Einhalt getan wird, damit die Kinder von ihren Eltern wenigstens ohne Sorgen in die öffentlichen Bäder geschickt werden können."

H . v . W e b e r ⁶⁾ begrüßt das Urteil des Bundesgerichtshofs, weil der Tatrichter nach einer sorgfältigen Gesamtschau des Falles die angemessene Strafe häufig rein intuitiv erfasse und erst nachträglich einige Strafzumessungsgründe anführe. Unterliefe ihm in der nachträglichen Begründung einer an sich richtigen Strafzumessung ein Feh-

1) Sarstedt, Die Revision in Strafsachen, S. 263;

2) H. v. Weber, Strafzumessung, S. 13;

3) Eb. Schmidt, Lehrkommentar zur StPO, § 337/56;

4) Sarstedt aaO; v. Weber aaO;

5) s. jedoch RG JW 24, 1721;

6) v. Weber aaO S. 13;

ler, so führe eine Aufhebung des Urteils auch nicht zu einer Änderung der ausgeworfenen Strafe, sondern nur zu einer Änderung ihrer Begründung, so daß es angebracht sei, von einer allzu strengen Einhaltung des Doppelverwertungsverbots Abstand zu nehmen. Diese Ansicht muß jedoch abgelehnt werden. Was in der Strafzumessung gerade Not tut, ist die rationale Erfassung der Strafzumessungstatsachen, um die Strafzumessungslehre so weit wie möglich faßbar zu machen und dem Dunkel der Intuition zu entreißen. Zudem wird die Anführung eines verfehlten Strafzumessungsgrundes nicht selten den Schluß zulassen, daß der Richter, selbst wenn er zunächst intuitiv vorgegangen ist, diese Strafzumessungserwägung vielleicht zunächst unbewußt für die Festsetzung der Strafe herangezogen hat.

Dieser neuen, durch die Entscheidung des Bundesgerichtshofs eingeleiteten Tendenz kann vielmehr nur dann zugestimmt werden, wenn dabei nicht einer ganz allgemeinen Berücksichtigung des Strafzwecks der Vorschrift das Wort gesprochen werden soll. Denn sonst würde ein auf alle Fälle dieses Delikts gleichermaßen zutreffender Gedanke herangezogen werden, der eben wegen seiner generellen Anwendbarkeit ungeeignet ist, die von den anderen Fallgestaltungen abweichende Strafwürdigkeit des konkreten Einzelfalles aufzufinden. Den vermittelnden Gedanken hat dabei offenbar K o f f k a ¹⁾ mit ihrem Hinweis gefunden, daß der Gesetzgeber bei objektiv schwersten Rechtsverletzungen die untere milde Strafgrenze für Ausnahmefälle mit geringstem Schuldgehalt vorbehalten hat, die äußerst selten vorliegen werden. Wenn demnach der Richter bei einem Gewaltdelikt von "schwerster Bestrafung nach dem Grundgedanken der Vorschrift" spricht, so kann er dabei zulässigerweise zum Ausdruck bringen wollen, daß der vorliegende konkrete Fall aufgrund seiner spezifischen Gestaltungsart es nicht recht-

1) Koffka JR 55, 323 Anm. 6;
s. a. Bruns NJW 56, 243.

fertigt, von der vorgesehenen, grundsätzlich hohen Strafe abzugehen und auf die untere Grenze des Strafrahmens auszuweichen.

4. Ungleichwertige Tatbestandsalternativen.

Selbst ein Tatbestandsmerkmal kann aber bei der Strafzumessung nochmals besonders berücksichtigt werden, wenn das Delikt mehrere in ihrer Strafwürdigkeit unterschiedliche Alternativen vorsieht und jeweils eine Alternative durch ein besonderes Tatbestandsmerkmal charakterisiert ist. So stellt etwa § 1 StVO i.V.m. § 21 StVG die Belästigung, Behinderung, Gefährdung und Schädigung anderer unter Strafe, wobei ein genereller Strafrahmen von Geldstrafe bis zu 150.-DM oder Haft vorgesehen ist. Da die einzelnen Verwirklichungsmöglichkeiten alle in den gleichen Strafrahmen fallen, unter den Alternativen aber Abstufungen in der Strafwürdigkeit bestehen, kann jedes Tatbestandsmerkmal, z.B. die Schädigung anderer als die schwerwiegendste der Erfolgsmöglichkeiten¹⁾, für die Strafzumessung verwertet werden. Denn hierbei wird kein generelles, auf jede denkbare Fallgestaltung des § 1 StVO zutreffendes Merkmal herangezogen, sondern ein Umstand, der eine Abwägung innerhalb des gesetzlichen Strafrahmens gestattet. Ebenso ist, auch wenn von einem gleichen gesetzlichen Strafrahmen ausgegangen wird, bei einem Raufhandel nach § 227 StGB für die Strafzumessung von entscheidender Bedeutung, ob durch die Schlägerei der Tod eines Menschen oder nur eine schwere Körperverletzung verursacht worden ist. Auch bei einer Sachbeschädigung kann daher berücksichtigt werden, ob das Tatbestandsmerkmal der Beschädigung oder das schwererwiegende der Zerstörung vorliegt. Besonders augenfällig wird dies im Fall des § 237 StGB, der Entführung mit dem Willen der minderjährigen, unverheirateten Frau. Die Alternativen "Entführung, um die Frau zur Ehe zu bringen" und "Entführung, um die Frau zur Unzucht zu bringen" sind nach dem Willen

1) OLG Bremen NJW 52, 158

des Gesetzgebers nicht gleichwertig, wie sich expressis verbis aus § 236 StGB ergibt, der bei der Entführung wider Willen für den ersten Fall Gefängnisstrafe, für den zweiten Fall aber Zuchthausstrafe vorsieht. Ein Anhaltspunkt dafür, daß der Gesetzgeber diese Wertabstufung der beiden Alternativen bei der Vorschrift des § 237 StGB im Gegensatz zu § 236 StGB nicht mehr durchgeführt wissen will, ist nicht ersichtlich. Vielmehr konnte man bei § 237 StGB auf eine ausdrückliche Differenzierung in den Strafdrohungen verzichten, da diese Bestimmung ohnehin einen äußerst weiten Strafraum, nämlich Gefängnis schlechthin, vorsieht, so daß man beiden Strafwürdigkeitsgraden müheolos gerecht werden kann.

Besondere Aufmerksamkeit muß jedoch darauf verwendet werden, ob es sich bei den Alternativen des Tatbestandes um Abstufungen in der Strafwürdigkeit handelt oder ob nur gleichwertige Tatmodalitäten gesetzlich fixiert sind. So ist es bei § 267 StGB oder § 277 StGB für die Strafwürdigkeit unerheblich, ob eine unechte Urkunde bzw. ein unrichtiges Gesundheitszeugnis hergestellt oder ob eine Verfälschung vorgenommen wird. Auch in den Fällen der §§ 234, 234a, 235, 236 StGB stehen List, Drohung und Gewalt als Tatmodalitäten wohl gleichwertig nebeneinander; insbesondere wird man nicht die Anwendung von Gewalt als grundsätzlich verwerflicher als ein heimtückisches, hinterlistiges Vorgehen ansehen dürfen.

5. Häufung von Tatmodalitäten.

Selbst wenn es sich aber um gleichwertige Tatmodalitäten innerhalb eines Tatbestandes handelt, ist die Verwertung dieser Tatbestandsmerkmale bei der Strafzumessung manchmal möglich. Jener Fall tritt dann ein, wenn der Täter nicht nur eine, sondern mehrere der gleichwertigen Tatmodalitäten verwirklicht, etwa bei der Erpressung oder beim Menschenraub mit Drohung und Gewalt vorgeht. Dann werden nicht allgemeine Umstände, sondern individuelle,

dem konkreten Fall eigene Erwägungen berücksichtigt, da nicht jeder Erpresser mit Gewalt und gleichzeitig mit Drohung vorgeht, wohl dies aber der Angeklagte getan hat. Nicht anders ist es, wenn bei der Unterhaltsverletzung sowohl das körperliche wie das sittliche Wohl des Kindes gefährdet wird, wenn der Täter bei der Kuppelei gewohnheitsmäßig und eigennützig handelt, im Fall des § 221 StGB eine Person aussetzt, die sowohl wegen ihres jugendlichen Alters wie wegen einer Krankheit gebrechlich ist, bei einer gefährlichen Körperverletzung mit einer Waffe und auch gemeinsam mit anderen vorgeht oder im Fall des § 260 StGB gewerbs- und gewohnheitsmäßig die Hehlerei betreibt. Ebenso verhält es sich, wenn beim qualifizierten Schmuggel nach § 401b RAO der Angeklagte nicht nur unter dem strafscharfenden Gesichtspunkt des Rückfalls, sondern auch unter den anderen strafscharfenden Möglichkeiten der Gewerbsmäßigkeit, der Bandenmäßigkeit oder der Gewalt gehandelt hat.¹⁾

IV. Ausdehnung des Verbots der Doppelverwertung von Tatbestandsmerkmalen?

Bereits oben wurde angedeutet, daß die Erörterungen über das Doppelverwertungsverbot durch den Vorstoß D r e h e r s in ein neues Stadium getreten sind. Denn während das Verbot bisher auf die Doppelverwertung von Tatbestandsmerkmalen beschränkt war, stellt D r e h e r den allgemeinen Satz auf, daß es verboten sei, Umstände, die zur Bildung des Strafrahmens geführt hätten, bei der Zumessung der Strafe aus diesem Rahmen nochmals zu verwerten. Damit wird eine Ausweitung des "klassischen" Grundsatzes auf ein Verbot der Doppelverwertung von strafrahmenbildenden Umständen schlechthin angestrebt. Nicht nur Tatbestandsmerkmale, sondern alle Strafzumessungstatsachen, die die Anwendung eines Strafrahmens auslösen können, sollen nicht nochmals berücksichtigt werden dürfen.

1) BGH Urt. v. 5.4.55 - 2 StR 457/54 - S.15: "Das Schwurgericht berücksichtigt zu Lasten des Angeklagten, daß er den Schmuggel außer im strafscharfenden Rückfall unter den drei weiteren strafscharfenden Voraussetzungen des § 401b RAO begangen habe. Das ist ... nicht zu beanstanden. Nicht jeder Schmuggler handelt sowohl gewerbsmäßig, bandenmäßig und gewaltsam."

Diese Anregung D r e h e r s hat in der Rechtsprechung und Literatur erhebliche Beunruhigung ausgelöst. So sind die Entscheidungen BGH 16,351 und BGH 17,266, in denen dargelegt wird, daß für die Frage der Strafmilderung beim Versuch eine Gesamtbeurteilung aller Tatumstände und der Täterpersönlichkeit entscheide und daß die bei der Findung des mildernden Strafrahmens verwerteten Gesichtspunkte nochmals bei der Strafzumessung innerhalb des gewählten Rahmens berücksichtigt werden könnten, maßgebend durch den Gedanken D r e h e r s veranlaßt worden. Wie beachtlich man D r e h e r s Ausführungen einschätzte, geht auch daraus hervor, daß der 4. Strafsenat vor seinem Urteil BGH 16,351 die anderen Strafsenate hörte, da man das Problem als eine Grundsatzfrage ansah, die voraussichtlich auf längere Zeit die Rechtsprechung des BGH festlegen würde.¹⁾ In der Literatur wurde wiederholt der Ruf nach einer Überprüfung der Vorschläge D r e h e r s laut. So meint J a g u s c h ²⁾, er habe dem Verbot der Doppelverwertung tatbestandsbildender Umstände noch "nie richtig getraut" und es wäre "näherer Untersuchung wert". F r ä n k e l ³⁾ betont, diese Frage "bedürfte einer eingehenden Untersuchung", und S t r a t e n w e r t h ⁴⁾ spricht von dem "nicht unproblematischen Verbot der sog. Doppelverwertung von Strafbemessungsumständen". Zu einer wirklichen Auseinandersetzung mit den Thesen D r e h e r s ist es aber bisher noch nicht gekommen. J a g u s c h ⁵⁾ scheint ihnen zwar ablehnend gegenüberzustehen, muß aber zugleich eingestehen, daß er keinen Ansatzpunkt findet, um ihre Richtigkeit mit Erfolg angreifen zu können. Interessant ist jedoch, daß D r e h e r selbst die von ihm aufgestellten

1) Fränkel LM 8/§ 44 StGB;

2) Jagusch LM 10/§ 44 StGB;

3) Fränkel aaO;

4) Stratenwerth, Festgabe für den Schweizerischen Juristentag 1963, S. 259 Anm. 44;

5) Jagusch aaO: "Das Problem des Verbots der Doppelverwertung tatbestandsbildender Umstände, obwohl im Grunde sehr wenig erforscht, soll hier als allgemein anerkannt, unbezweifelt bleiben, obwohl ich ihm noch nie richtig getraut habe und es näherer Untersuchung wert wäre."

Grundsätze nicht bis zuletzt durchführt. Bei den Fällen des Versuchs und der erheblich verminderten Zurechnungsfähigkeit kann es bei ihm überhaupt nicht zu einer Kollision kommen, da er nur die Tatsache des Versuchs und der verminderten Zurechnungsfähigkeit zur Entscheidung über die Anwendung des mildernden Strafrahmens heranzieht. Damit taucht bei der Festsetzung der Strafe innerhalb des Rahmens nur die Frage auf, ob der Gesichtspunkt des Versuchs bzw. der verminderten Zurechnungsfähigkeit nochmals berücksichtigt werden darf, was schon nach dem klassischen Prinzip im Hinblick darauf, daß es sich dabei um Tatbestandsmerkmale handelt, untersagt ist. Ihre Bewährungsprobe müßte die Theorie, daß das Verbot der Doppelverwertung schlechthin alle strafrahmenbildenden Umstände umfasse, aber bei den mildernden Umständen und den besonders schweren Fällen bestehen, da dort wirklich Strafzumessungstatsachen und nicht Tatbestandsmerkmale über die Anwendung des Sonderstrafrahmens entscheiden. Gerade hier weicht Dreher jedoch aus, will sämtliche Strafzumessungstatsachen innerhalb des Rahmens nochmals berücksichtigt wissen und spricht von einer gebotenen und auch gerechten Ausnahme vom Verbot der Doppelverwertung strafrahmenbildender Umstände! Im folgenden soll an den Fällen des Versuchs, der erheblich verminderten Zurechnungsfähigkeit, der mildernden Umstände und der besonders schweren Fälle geprüft werden, ob die These Dreher's richtig ist.

1. Der Versuch.

a) Die Strafmilderung beim Versuch.

Die alte Fassung des § 44 I StGB sah eine obligatorische Strafmilderung beim Versuch vor. Das Ausbleiben des Erfolges stellte die allein notwendige und auch ausreichende Bedingung für die Milderung der Strafe dar. Die Neufassung des § 44 I StGB ¹⁾ trug mit ihrer nur noch fakultativen Strafmilderung dem Schuldstrafrecht Rechnung,

1) Art. 1 der VO v. 19.5.1943; beibehalten durch das 3. StAG.

da das Mißlingen der geplanten Tat nicht unbedingt auf eine geringere Stärke des verbrecherischen Willens schließen lassen muß. Wenn es nun in der Hand des Richters gelegen ist, zwischen dem Strafraum des § 44 II, III StGB und dem Rahmen für die vollendete Tat zu wählen, so fragt es sich, welche Umstände er bei seiner Wahl zu beachten hat.

Teilweise wird die Ansicht vertreten, der Richter dürfe bei der Entscheidung, ob er mildern wolle, nur die Tatsache berücksichtigen, daß es beim Versuch geblieben ist.¹⁾ Damit kann aber nicht gemeint sein, daß lediglich die Erfolglosigkeit der Tat als solche für die Frage der Strafmilderung maßgebend sein soll. Denn hinsichtlich dieses Umstandes stimmen alle nach § 44 I StGB zu beurteilenden Straftaten überein.²⁾ Vielmehr ist dieser Gedanke dahingehend zu verstehen, daß nur die versuchsbezogenen Gründe³⁾ entscheidend seien, also lediglich die Umstände, die mit der Erfolgsferne der Tat zusammenhängen und die zu einem geringeren Schuld- und Unrechtsgehalt des versuchten Delikts im Vergleich zu dem geplanten Verbrechen führen.

Die höchstrichterliche Rechtsprechung ist dieser Aufsplitterung in versuchsbezogene und versuchsfremde Tatsachen scharf entgegengetreten.⁴⁾ Zunächst sehe das Gesetz keine derartige Beschränkung des richterlichen Ermessens auf nur einen Teil der möglichen Strafzumessungstatsachen vor. Außerdem sei eine solche Aufteilung der Strafmaßrealien

1) Dreher JZ 57, 156; Dreher-Maassen § 44/2; Schwarz-Dreher § 44/1A; Kohlrausch-Lange § 44/I; Schröder § 44/1;

2) Stratenwerth, Festgabe für den Schweizerischen Juristentag 1963, S. 251;

3) So deutlich OLG Hamm NJW 58, 561;

4) BGH 16, 351 = NJW 62, 355 = MDR 62, 228; BGH 17, 266 = MDR 62, 748;
Jagusch LK § 44/2; Jagusch LM 10/§ 44 StGB; s. a. Fränkel LM 8/§ 44 StGB; Borker, Die Milderung der Strafe für den Versuch, JZ 56, 477;

weder möglich noch gerecht. Während etwa bei einer gerade erst über die Schwelle des Anfangs der Ausführung gelangten Tat noch keine spezifisch für den Versuch kennzeichnenden Merkmale vorhanden seien, deckten sie sich andererseits bei einer kurz vor der Vollendung stehenden Tat fast völlig mit den für die Vollendung wesentlichen Strafzumessungstatsachen. Aus diesen Gründen lasse sich nur aufgrund einer Gesamtbeurteilung des Tat- und Täterbildes entscheiden, ob die versuchte Tat nach ihrem Unrechts- und Schuldgehalt milder bestraft werden könne als die vollendet gedachte Tat.

Dieser Auffassung kann allerdings entgegengehalten werden, daß sie zwangsläufig zu einer Überbewertung der Strafmilderungsgründe im Bereich des Versuchs führen muß. Denn während bei einer vollendeten Tat der geringere verbrecherische Wille, die ungeschickte Art der Ausführung oder etwa die Verzeihlichkeit des Motivs grundsätzlich nichts an dem gesetzlichen Strafrahmen zu ändern vermögen, könnten diese Umstände beim Versuch dann zu einer Strafrahmenverschiebung führen.¹⁾ Daher wird zuweilen auch ein anderer Weg beschritten und dem Richter eine Wahlmöglichkeit zwischen der Milderung innerhalb des regulären Rahmens und der Anwendung des mildernden Strafrahmens eingeräumt.²⁾ Welcher der verschiedenen Auffassungen man aber folgen mag, für die Fragen des Verbots der Doppelverwertung beim Versuch gestalten sich die Lösungen stets gleich, wie sich im folgenden zeigen wird.

1) Dreher JZ 57, 156; Stratenwerth aaO S. 259.

2) Vgl. Stratenwerth aaO S. 262.

b) Das Verbot der Doppelverwertung im Bereich des Versuchs.

Über die Unzulässigkeit der Berücksichtigung des Umstandes, daß es nur beim Versuch geblieben ist, besteht Einigkeit. Für die erste Ansicht, die für die Entscheidung, ob gemildert werden soll, nur die Tatsache des Versuchs heranzieht, ergibt sich dies bereits daraus, daß der Umstand der Nichtvollendung das notwendige und auch ausschließliche Merkmal für die Anwendung des milderer Strafrahmens darstellt.¹⁾ D r e h e r ²⁾ betont dabei, es könne nicht auf den formalen Unterschied ankommen, daß im Gegensatz zu der sonst vom G e s e t z vorgeschriebenen Anwendung eines Strafrahmens es hier in der Hand des R i c h t e r s liege, den immerhin vom Gesetz vorgebildeten Sonderstrafrahmen zu wählen. Aber auch die zweite Auffassung, die für die Wahl des milderer Strafrahmens die Beachtung sonstiger zugunsten des Täters sprechender Umstände gestattet, läßt nach der getroffenen Wahl die Berücksichtigung der Tatsache, daß das Delikt im Versuch stecken geblieben ist, zu Recht nicht mehr zu,³⁾ eben weil es sich dabei um ein T a t b e s t a n d s m e r k m a l handelt. Dies ist deshalb gerechtfertigt, weil die Erfolglosigkeit der Tat stets u n u m g ä n g l i c h e Voraussetzung für die Strafrahmenbildung ist, mögen auch andere Faktoren für die Auswahl des milderer Rahmens noch mitentscheidend sein. Da i n j e d e m Fall die Tat nicht über das Versuchsstadium hinaus gediehen sein darf, trifft dieses Merkmal u n t e r s c h i e d s l o s auf alle Fälle zu, in denen

1) Für die Zeit der obligatorischen Strafmilderung des Versuchs: RG BayZ 1928, 375;

2) Dreher JZ 57, 156;

3) BGH 16, 351;

es zu der Anwendung des milderer Strafrahmens gekommen ist, so daß der Nichteintritt des Erfolges innerhalb des gewählten Rahmens kein taugliches Kriterium für die Festsetzung der gerade dem konkreten Fall gerecht entsprechenden Strafe bilden kann. Lediglich der Versuchsgrad, also der Umstand, ob die Handlung gerade erst den Bereich der straflosen Vorbereitung verlassen oder bereits kurz vor der Vollendung gestanden hat, kann als ein spezifisches Merkmal der jeweiligen Tat für die Strafzumessung herangezogen werden ¹⁾, ebenso wie auch sonst graduelle Abweichungen bei der Verwirklichung von Tatbestandsmerkmalen berücksichtigt werden können, da ihnen das dem einzelnen Fall entsprechende Maß des verbrecherischen Willens zu entnehmen ist.

Aber auch hinsichtlich der Verwertung der sonstigen für den Täter günstigen Umstände ist die Lösung gleich. Nach der ersten Ansicht können diese Tatsachen bei der Zumessung innerhalb des gewählten Rahmens voll in die Waagschale geworfen werden, da sie für die Wahl des Sonderstrafrahmens nicht herangezogen wurden und demnach von einer doppelten Verwertung keine Rede sein kann. Schwierigkeiten scheinen sich nur bei der zweiten Auffassung zu ergeben, da bei ihr die für den Täter vorteilhaften Umstände bereits zur Ermittlung des milderer Rahmens dienten. ²⁾ Da es sich bei diesen Umständen nicht um Tatbestandsmerkmale handelt, könnte die Zulässigkeit ihrer nochmaligen Verwertung nur dann ausgeschlossen sein, wenn die von Dreher verfochtene Ausdehnung des klassischen Prinzips auf alle strafrahmenbildenden Umstände zu Recht bestünde. In diesem Zusammenhang ist jedoch der Hinweis angebracht, daß auch sonst im Strafrecht eine "doppelte Buchführung" nicht verboten ist: Als selbstverständlich wird es angesehen, daß eine für den Täter ungünstige Strafzumessungstatsache eine

1) BGH 16, 351;

2) Für eine Verwertung BGH 16, 351;
aa Dreher JZ 57, 155;

Schärfung der Strafe auslösen und z u g l e i c h die Versagung von mildernden Umstände, der Strafaussetzung zur Bewährung oder einer Geldstrafe rechtfertigen kann. Das Verbot der Doppelverwertung ist also auf Tatbestandsmerkmale beschränkt. Ob eine Ausdehnung des Verbots auf alle strafrahmenbildenden Umstände vertretbar ist, kann nur bei einer Besinnung auf den Grund des Verbots der Doppelverwertung zufriedenstellend gelöst werden:

Zunächst ist festzuhalten, daß nach der zweiten Theorie der mildere Strafrahmen des Versuchs durch verschiedene Umstände ausgelöst werden kann; das zaghafte, noch nicht auf eine starke Verbrechensintensität hindeutende Vorgehen des Täters, seine bisher einwandfreie Führung, seine geringe Lebenserfahrung, sein anerkanntes wertvolles Motiv und viele andere Gründe können die Strafrahmenverschiebung rechtfertigen. Dabei kann das Zusammentreffen mehrerer dieser Gründe - in großer oder geringer Anzahl und in den verschiedensten Zusammensetzungen - die Anwendung des neuen Rahmens auslösen, ebenso wie dazu auch nur ein einziger Umstand allein ausreichen kann. Ist es demnach zu einer Strafrahmenverschiebung gekommen, so steht noch nicht fest, daß b e s t i m m t e Merkmale, die Erfolgslosigkeit der Tat ausgenommen, auf jeden Fall vorliegen müssen. Da ganz unterschiedliche Gründe zu dem milderen Rahmen führen können, trifft der das Verbot der Doppelverwertung sonst auslösende Satz nicht zu, daß gewisse Umstände u n t e r s c h i e d s l o s bei a l l e n denkbaren Fällen dieser Art festzustellen sind. Steht vielmehr die Anwendung des milderen Strafrahmens fest, so müssen die Tatsachen, die in dem vorliegenden Fall zur Rahmenverschiebung geführt haben, gegen die anderen Umstände, die ebenfalls den milderen Rahmen auslösen können, abgewogen werden, wenn die für den konkreten Fall gerechte Strafe innerhalb des neuen Strafbereichs gefunden werden soll. Denn da andere Gründe zwar ebenfalls den neuen Strafrahmen hervorzurufen vermögen, diese Umstände aber die Handlung im Vergleich zu der gerade zur Aburteilung stehenden Tat innerhalb des Rahmens als mehr oder auch weniger ver-

werflich erscheinen lassen können, so muß durch eine Gegenüberstellung der hier vorliegenden Umstände mit den anderen denkbaren Gründen das Ausmaß der Strafwürdigkeit im einzelnen festgestellt werden. Die für den Einzelfall gerechte Strafe kann also nur durch eine nochmalige Berücksichtigung der zugunsten des Täters sprechenden Faktoren gefunden werden: Während diese Umstände zunächst mit den Durchschnittsfällen und den ihnen eigenen Umständen verglichen werden, um über die Möglichkeit der Anwendung des mildereren Strafrahmens zu entscheiden, dienen sie das zweite Mal durch eine Abwägung mit den Umständen, die ebenfalls den mildereren Strafrahmen auslösen können, zur Fixierung der gerechten Strafe innerhalb des Rahmens.

2. Die erheblich verminderte Zurechnungsfähigkeit.

Nach § 51 II StGB kann bei erheblich verminderter Zurechnungsfähigkeit die Strafe nach den Vorschriften über die Bestrafung des Versuchs gemildert werden. Auch hier ist also keine obligatorische Strafmilderung vorgesehen, sondern es liegt in der Hand des Richters, nach pflichtgemäßen Ermessen die Strafe zu mildern. Mag somit eine Parallele zu der bloßen Kann - Milderung beim Versuch bestehen, so sind doch, meist vom Tatsächlichen her gesehen, Unterschiede erkennbar: Während das Ausbleiben des Erfolges nur in seltenen Fällen einen Schluß auf eine geringere Schuld zuläßt, ist eine verminderte Zurechnungsfähigkeit fast stets mit einer Herabsetzung des Schuldgehalts verbunden. Ferner liegen beim Versuch oft sonstige für den Täter günstige Umstände vor, die dann zur Anwendung des mildereren Strafrahmens führen können. Bei § 51 II StGB nimmt man zwar auch an, daß für die Frage der Strafmilderung nicht allein die Tatsache der verminderten Zurechnungsfähigkeit zu berücksichtigen sei, sondern alle Umstände, die die Tat der Schuldseite nach berühren.¹⁾ Da aber schon die verminderte Zu-

1) BGH 7, 28; BGH 16, 351; Kohlrausch-Lange § 51/XI 2; Schröder § 51/24;
aa Dreher JZ 57, 156;

rechnungsfähigkeit in der Regel eine verminderte Schuld bedeutet, werden andere, den Schuldgehalt der Tat beeinflussende Umstände häufig nur beachtlich, um die Verschiebung des Regelstrafrahmens zu verhindern. Beim Versuch lösen andere Umstände also nicht selten den milderen Strafrahmen aus, so daß die Frage auftaucht, ob diese Faktoren innerhalb des neuen Rahmens nochmals Berücksichtigung finden dürfen. Im Bereich des § 51 II StGB machen andere Umstände aber auch oft die Anwendung des Sonderstrafrahmens zunichte, so daß hier außerdem nach ihrer nochmaligen Verwertbarkeit innerhalb des Regelstrafrahmens gefragt werden muß. Im einzelnen ergibt sich folgendes:

Ist es zu der Strafrahmenverschiebung gem. §§ 51 II, 44 II, III StGB gekommen, so darf die Tatsache der erheblich verminderten Zurechnungsfähigkeit nicht erneut herangezogen werden, da dieser Umstand notwendige Voraussetzung für die Milderung nach § 51 II StGB ist und auf alle Fälle einer Strafrahmenverschiebung nach dieser Vorschrift unterschiedslos zutrifft. Lediglich der Grad der Zurechnungsfähigkeit, also die Frage, ob nur erheblich verminderte Zurechnungsfähigkeit vorliegt oder ob sie so weit eingeschränkt ist, daß sie an der Schwelle der Zurechnungsunfähigkeit steht, kann wieder als ein spezifisches Merkmal des Einzelfalles berücksichtigt werden. Wie beim Versuch dürfen aber auch alle sonstigen für die Strafrahmenverschiebung relevanten Umstände bei der Auffindung der Strafe innerhalb des Rahmens erneut beachtet werden, da die den gesamten Schuldgehalt der Tat beeinflussenden Gesichtspunkte, die Eigenschaften des Täters, seine Strafempfindlichkeit usw. in ihrem Schuldgehalt untereinander variieren. Diese sonstigen Umstände, die die Tat nach der Schuldseite mehr oder minder schwer erscheinen lassen, können auch dann erneut berücksichtigt werden, wenn sie die Anwendung des Sonderstrafrahmens verhindern, da ihr unterschiedlicher Wert nicht davon abhängt, ob es beim Regelstrafrahmen bleibt oder zur Anwendung des milderen Rahmens kommt. Bleibt es

übrigens beim Regelstrafrahmen, wenn sich etwa trotz der erheblich verminderten Zurechnungsfähigkeit aus anderen Gründen eine beträchtliche Schuldschwere der Tat ergibt, so darf der Umstand der verminderten Zurechnungsfähigkeit bei der Strafzumessung nochmals verwertet werden. Denn während für die Fälle, in denen es zu der Anwendung des mildernden Rahmens nach §§ 51 II, 44 II, III StGB kommt, das Vorliegen der verminderten Zurechnungsfähigkeit eine unabdingbare und damit generell zutreffende Voraussetzung ist, liegt nicht bei **a l l e n** Fällen, in denen der Regelstrafrahmen angewendet wird, eine erheblich verminderte Zurechnungsfähigkeit des Täters vor.

3. Die mildernden Umstände.

Über eine genaue Definition der mildernden Umstände scheint zwar noch keine Einigkeit zu bestehen, da sie einmal als Tatsachen umschrieben werden, die die strafbare Handlung in einem derart milden Licht erscheinen lassen, daß die Anwendung des ordentlichen Strafrahmens zu hart wäre¹⁾, oder man sie das andere Mal dadurch gekennzeichnet wissen will, daß die Straftat nach ihrem Gesamtbild weniger schwer wiege als die erfahrungsgemäß gewöhnlich vorkommenden Fälle.²⁾ Diese terminologischen Schwierigkeiten wiegen jedoch gering, da man darin übereinstimmt, daß es sich bei den mildernden Umständen nur um solche Fälle handeln kann, die in ihrer Strafwürdigkeit deutlich unter dem Durchschnitt der sonst vorkommenden Gestaltungsarten des betreffenden Delikts liegen. Dabei hat das Gericht die Gesamtheit der die Tat und den Täter kennzeichnenden Umstände zu würdigen, wobei neuer-

1) RG 68, 294; BGH 2, 182; 4, 8.

2) BayObLG HEST 3, 65; OLG Hamburg HEST 2, 280;

dings auch die Heranziehung von außerhalb der Tat liegenden Umständen und Verhältnissen für zulässig erklärt wird.¹⁾ Ob das letztere zutrifft, braucht hier nicht entschieden zu werden, da dieser Gedanke für die Frage der Doppelverwertung unerheblich ist.

Die Rechtsprechung hat es bisher für zulässig erklärt, Umstände, die bereits zur Anwendung des milderen Strafrahmens geführt haben, nochmals für die Zumessung der Strafe innerhalb des Rahmens heranzuziehen. So wurde in RG 48,308 die nach § 9 RJGG die Strafmilderung auslösende Jugend des Täters nochmals für die Straffestsetzung einbezogen. Auch aus der Entscheidung des Bundesgerichtshofs in NJW 60,1869 läßt sich indirekt die Zulässigkeit der zweimaligen Verwertung der mildernden Tatsachen entnehmen:

"Bei der Bemessung der nach § 217 I StGB verhängten Strafe führt das Schwurgericht dagegen zugunsten der Angeklagten ihre Jugend, ihr strafloses Vorleben, ihr schweres Schicksal und ihr umfassendes und rückhaltloses Geständnis an. Auch diese Umstände hätten aber schon (!) bei der Frage, ob mildernde Umstände vorlagen, mitberücksichtigt ... werden müssen."

Die Begründungen für dieses Vorgehen gehen jedoch auseinander. J a g u s c h mißt dem mehr formalen Gesichtspunkt entscheidende Bedeutung zu, daß jene Umstände nicht zu den Tatbestandsmerkmalen gehörten²⁾ und daß das Verbot der Doppelverwertung auf Tatbestandsmerkmale beschränkt bleiben müsse. Wie oben schon erwähnt wurde, weicht aber auch D r e h e r von seiner sonst befürworteten Ausdehnung

1) BGH 4,8f; BGH NJW 60,1869; BGH GA 1963,207;
einschränkend Maurach AT S.658;

2) Jagusch LK B II 3 a vor § 13;

des Verbots auf alle Strafbemessungsumstände hier ab. Er begründet diese "gebotene und gerechtfertigte Ausnahme vom Verbot der Doppelverwertung strafrahmenbildender Umstände" damit, daß alle Stellen des besonderen Strafrahmens nur voraussetzten, daß mildernde Umstände gegeben seien. Nur dieses Ergebnis der Verwertung sämtlicher Zumessungsumstände dürfe nicht erneut verwertet werden, während bei der Frage, wie sich das Tatbild zu den erfahrungsgemäß vorkommenden Durchschnittsfällen der Sondergruppe verhalte, sämtliche Strafzumessungstatsachen nochmals zu berücksichtigen seien.¹⁾

Das Recht zu einer zweimaligen Verwertung ergibt sich jedoch zwanglos, wenn man auf den Grundgedanken des Verbots der Doppelverwertung zurückgeht. Am deutlichsten läßt sich dabei die Zulässigkeit der nochmaligen Berücksichtigung anhand des § 213 StGB zeigen, der keinen besonderen Tatbestand, sondern eine bloße Strafzumessungsregel darstellt.²⁾ § 213 StGB behandelt den Totschlag im Affekt, der durch eine vorhergegangene Mißhandlung oder schwere Beleidigung veranlaßt sein kann, als einen beispielsweise genannten Unterfall der allgemeinen mildernenden Umstände. Wird daher der Täter durch eine ihm zugefügte Mißhandlung zum Totschlag veranlaßt, so löst dies den durch die mildernenden Umstände gebildeten neuen Strafrahmen aus. Zur Feststellung der Strafe innerhalb dieses Rahmens kann aber die Mißhandlung erneut berücksichtigt werden. Das Verbot der Doppelverwertung steht dabei nicht entgegen, da der Gesichtspunkt der Mißhandlung nicht unterschiedslos bei allen Fällen des § 213 StGB anzutreffen ist, so daß er ein individuelles, den Unrechtsgehalt der

1) Dreher JZ 57, 158;

2) Dreher-Maassen § 213/1; Nagler LK § 213/I; Schröder § 213/1;

Tat in einem bestimmten Maß festsetzendes Merkmal darstellt. Im Vergleich etwa zu der schweren Beleidigung wird eine Mißhandlung meist die Reaktion des Täters noch verständlicher erscheinen lassen, so daß diese Tatsache häufig auch zu einer mildernden Beurteilung innerhalb des Rahmens führen wird, als wenn nur eine schwere Beleidigung vorgelegen hätte. Einmal lösen die Umstände also den mildernden Strafraum aus, weil sie im Vergleich zu den Durchschnittsfällen die Straftat in einem mildernden Licht erscheinen lassen. Innerhalb des neuen Rahmens muß dann aber der in dem betreffenden, nicht jedoch in jedem denkbaren Fall vorliegende Umstand im Vergleich zu den anderen Tatsachen, die ebenfalls die Anwendung des mildernden Strafraumes ermöglichen können, erneut berücksichtigt werden, wenn der dem einzelnen Umstand anhaftenden mehr oder weniger großen Verwerflichkeit bei der Straffestsetzung Rechnung getragen werden soll.

4. Die besonders schweren Fälle.

Für die besonders schweren Fälle gilt nichts anderes wie für die mildernden Umstände, da es sich beide Male um unbenannte Strafänderungsgründe handelt, so daß die Verwandtschaft unverkennbar ist. Ein besonders schwerer Fall liegt dann vor, wenn die Tat die erfahrungsgemäß vorkommenden und deshalb für den ordentlichen Strafraum gedachten Fälle an Strafwürdigkeit so übertrifft, daß der ordentliche Strafraum zur Sühne nicht mehr ausreicht.¹⁾ Dabei sind sämtliche Tat- und Täterumstände zu berücksichtigen.²⁾ Auch hier können also verschiedene Um-

1) BGH 5, 130; 12, 256;
s. a. RG 73, 176; RG DR 43, 139; BGH 3, 47; BGH NJW 52, 593;

2) BGH 2, 181;

stände, die hinsichtlich ihrer Strafwürdigkeit wieder zu differieren vermögen, die Annahme eines besonders schweren Falles rechtfertigen. So darf etwa bei einer Verkehrsunfallflucht die Bejahung eines besonders schweren Falles damit begründet werden, daß ein Mensch bei dem Unfall lebensgefährlich verletzt oder ihm eine schwere Körperverletzung zugefügt wurde ¹⁾, aber auch, daß der Fahrer zielstrebig darum bemüht gewesen ist, als Täter nicht entlarvt zu werden. ²⁾ Der Umstand, der im konkreten Fall zur Annahme eines besonders schweren Falles führt, liegt also nicht bei jedem denkbaren besonders schweren Fall des betreffenden Delikts vor, so daß er im Hinblick auf seine unterschiedliche Strafwürdigkeit im Vergleich zu den anderen, einen besonders schweren Fall auslösenden Umständen als *i n d i v i d u e l l e s* Merkmal des Einzelfalles zur Festsetzung der Strafe innerhalb des schärferen Rahmens nochmals herangezogen werden kann und muß.

Als Ergebnis läßt sich also festhalten, daß das Verbot der Doppelverwertung von Tatbestandsmerkmalen noch manche umstrittene Frage birgt und keineswegs so geklärt ist, wie es nach der Begründung des Entwurfs den Anschein hat. Andererseits haben aber die Untersuchungen ergeben, daß - so interessant der Gedanke *D r e h e r s* sein mag - das "klassische" Doppelverwertungsverbot von Tatbestandsmerkmalen nicht zu einem Verbot der Doppelverwertung von strafrahmenbildenden Umständen ausgedehnt werden kann.

1) BGH 12, 256; BGH VRS 16, 118 (120); 17, 185; 22, 271.

2) BGH VRS 25, 38; s. a. BGH NJW 62, 2068.

§ 4 : Die Lebensführungsschuld.

Bei den realen Strafzumessungsgründen selbst zeigt sich, daß in diesem Bereich viele Probleme noch offenstehen. Hier soll jedoch nur die Täterkomponente näher untersucht werden, während die Tatkomponente, das verschuldete Unrecht, das in entscheidendem Maße die Strafhöhe mitbestimmt, außer Betracht bleiben soll. Der Entwurf klärt zunächst die Frage nicht, ob und in welchem Umfang eine Lebensführungsschuld anzuerkennen ist. Insbesondere will sich der Gesetzgeber nicht festlegen, ob man auf dem Gebiet der Strafzumessung dem Gedanken der Lebensführungsschuld eine Bedeutung einräumen muß. Zwar hat man sich bei den Beratungen der Großen Strafrechtskommission im wesentlichen von der Idee der Täterschuld distanziert. Zunächst offenbart sich diese Betonung der Tat s c h u l d an dem Beispiel der Gesamtstrafe, bei der weiterhin an den für jede bestimmte Tat verhängten Einzelstrafen festgehalten und die Einheitsstrafe, die die Wertung der einzelnen Strafen einer Gesamtwürdigung des Täters unterordnet, abgelehnt wird.¹⁾ Noch deutlicher tritt die Absage an die Lebensführungsschuld aber in der Nichtaufnahme des § 20a StGB in das neue Gesetz hervor. An die Stelle des § 20a StGB mit seiner Strafschärfung für den gefährlichen Gewohnheitsverbrecher soll vielmehr eine Rückfallregelung treten, bei der sich die Strafschärfung nicht auf eine verfehlte allgemeine Lebensführung des Täters, sondern auf einen erhöhten Schuldvorwurf bei der betreffenden Tat gründen soll. Trotzdem könnte für den Bereich der Strafzumessung aus dem Wortlaut des Entwurfs geschlossen werden, daß man hier der Idee der Lebensführungsschuld nicht vollkommen die Anerkennung versagen will. Denn wenn § 60 Absatz 2 Satz 2 des Entwurfs 1962 fordert, daß für die Zumessung der Strafe u.a. das Vorleben des Täters, seine persönlichen und wirtschaftlichen Verhältnisse, sowie sein

1) Begründung E 1962 S.97.

Verhalten nach der Tat in Betracht zu ziehen seien, so scheint dies auf eine Berücksichtigung der allgemeinen Lebensführung des Täters hinzuweisen. Insbesondere E b. S c h m i d t ¹⁾ will darin eine Absage an den lediglich tatbezogenen, den Charakter und die kriminologische Wesensart des Täters aus dem Spiel lassenden Begriff der Schuld erblicken; denn Gesinnung, Vorleben, persönliche Verhältnisse oder Niedergutmachungsbemühungen hätten mit einer reinen Tatschuld nichts zu tun, sondern bekämen Sinn erst aus den Erkenntnissen, die man über den Täter gewonnen habe. Aber auch die Mitglieder der Strafrechtskommission selbst konnten sich bei ihren Beratungen nicht über die Frage einigen, ob der Schuldbegriff an allen Stellen des Entwurfs einheitlich sei oder ob der Gedanke der Tatschuld in manchen Bereichen, so insbesondere bei der Strafzumessungsbestimmung des § 60 II 2 oder bei der Strafschärfung des Rückfalls, eine "Aufweichung" in Richtung auf eine Täterschuld erfahre. Hauptsächlich S a x ²⁾ weist auf die verschiedenen Auffassungen hin, die bei den Kommissionsmitgliedern schon bei der ersten Lesung des Entwurfs über den Begriff der Schuld in den einzelnen Vorschriften des zukünftigen Gesetzes bestanden haben. Da während der gesamten Beratungen die Gegensätze nicht überbrückt werden konnten, ³⁾ ist es verständlich, daß auch die amtliche Begründung zum Entwurf sich nicht endgültig entscheidet. Nach der Begründung bleibe es eine offene Frage, ob infolge der durch § 60 II 2 geforderten Berücksichtigung des Vorlebens des Täters, seiner persönlichen Verhältnisse, seiner Gesinnung und auch seines Verhaltens nach der Tat eine Erweiterung des Begriffes der Schuld über die reine Tatschuld hinaus ein-

1) Eb. Schmidt ZStW 69, 385f;
s. a. Eb. Schmidt SJZ 46, 207; Eb. Schmidt, Festschrift für J. v. Gierke, S. 229f; Eb. Schmidt Prot I 45.

2) Sax ZStW 69, 418f Anm. 1

3) Für eine Lebensführungsschuld: Mezger Prot I 269, III 181; Eb. Schmidt Prot I 45, 66, 266; Welzel Prot I 268, III 256;
Dagegen: Bockelmann Prot I 277, III 181; Gallas Prot I 41, 64, 264, 270, III 179; Jescheck I 265; Koffka III 185

trete oder nicht. Die Beantwortung dieser Frage stehe nicht zur Entscheidung des Gesetzes, sondern müsse "der Erörterung in Rechtsprechung und Schrifttum überlassen bleiben".¹⁾ Bevor wir uns aber dem Problem zuwenden können, ob § 60 II 2 für die Lebensführungsschuld ein Eingangstor zum Bereich der Strafzumessung darstellen kann, bedarf zunächst der Begriff der Lebensführungsschuld und der von der Wissenschaft mit ihr verfolgte Zweck einer Klärung

I. Begriff und Zweck der Lebensführungsschuld.

Der Gedanke der Lebensführungsschuld wurde zuerst von M e z g e r²⁾ in die Strafrechtswissenschaft eingeführt. Im Gegensatz zu der Tatschuld will die Theorie von der Lebensführungsschuld dem Täter "seine gesamte frühere kriminelle und antisoziale Lebensführung" zum Vorwurf machen. Der Täter soll in erster Linie für sein falsch ausgerichtetes, fehlgesteuertes Leben haften, das in ihm die Hemmungen und Widerstandskräfte gegen das Verbrechen erlahmen und ihn leichter die Tat begehen ließ, ja ihn vielleicht zum Verbrechen trieb.³⁾ Wenn B o c k e l -

1) Begründung E 1962 S. 180f

2) Mezger ZStW 57, 688 u. ZStW 60, 370; ZAkDR 1940, 62; Grundriß, 2. Aufl., 1941, S. 82; Moderne Wege, S. 35; LK 11 vor § 51; Prot I 269, III 181.

3) Für eine Lebensführungsschuld auch: Dahm, Tätertyp, S. 11; Hall ZStW 66, 86 u. ZStW 70, 46; Hardwig MSchrKr 1959, 16; Kohlrauch-Lange § 20a/II 2a; Lange ZStW 62, 202, 221; v. Liszt-Schmidt (26.) S. 220, 231, 423; Peters, Grundfragen, S. 11ff; Eb. Schmidt aaO; Schwalm MDR 57, 260 (262) u. MDR 59, 798; Welzel ZStW 60, 458 u. Prot I 268, III 256; Ablehnend: Baumann, Grundbegriffe, S. 91; Gallas aaO; Heinitz ZStW 63, 75; Jagusch LK B IV 1 c vor § 13; Köhler, Fahrlässigkeit, S. 110 Anm. 2; Kopf Prot I 269; Kaufmann, Schuldprinzip, S. 189ff; Lang-Hinrichsen ZStW 63, 346; Lang-Hinrichsen, Grundfragen, S. 118; Lang-Hinrichsen, Gutachten, S. 65; Maurach AT S. 327, 665; H. Mayer AT S. 274; Sax, Grundsätze der Strafrechtspflege, S. 940f; Schmidhäuser, Gesinnungsmerkmale, S. 183; Schröder 79 vor § 51; v. Stackelberg Prot I 271; Staff Prot I 59; Sieverts Prot I 271, III 180; Zimmerl S. 8.

Nicht eindeutig: BGH 2, 194 (208); BGH b. Dallinger MDR 53, 146; BayObLG NJW 64, 364f; OLG Hamm DAR 58, 307; OGH 3, 82f. Ablehnend: BGH NJW 59, 2317.

man n¹⁾ den Begriff der Lebensentscheidungs-schuld verwendet, so wird damit kein grundsätzlicher Gegensatz zur Lebensführungsschuld herausgestellt. Bockelmann betont, daß geprüft werden müsse, ob das So-Sein des Täters eine Folge seines eigenen Tuns sei, da es dem Gerechtigkeitsgedanken widerspreche, einen Menschen für sein bloßes So-Sein haften zu lassen. Es soll dem Täter also ebenfalls sein verfehltes früheres Verhalten vorgeworfen werden; aber es wird nicht generell auf eine verfehlte Lebensführung zurückgegriffen, sondern man stellt auf das eigene Handeln des Täters ab, durch das er sich für sein falsches Leben entschieden hat. Man hält ihm vor, daß er einen verbrecherischen Hang in sich ausgebildet hat oder in sich Macht gewinnen hat lassen, indem er "vor den Scheideweg gestellt, die falsche Bahn wählte, sein schlechteres Selbst siegen ließ und dem dunklen Dämon folgte".²⁾ Der Vorteil dieser Lebensentscheidungsschuld gegenüber der Lebensführungsschuld könnte in der deutlichen Forderung nach einem Handlungsunwert zu erblicken sein: Schuld liegt nicht schon bei einem unrechten Dasein des Täters vor, sondern erst, wenn der Täter selbst diese unrechte Daseinsform entstehen hat lassen, obwohl ihm eine Abwehr möglich gewesen wäre. Trotzdem bedeutet dies nur eine Klarstellung und keinen prinzipiellen Unterschied zu der Lebensführungsschuld i.S. Mezgers. Auch Mezger erkennt eine Schuld nur an, wenn der Täter für sein So-Sein "etwas kann". Auch bei der Lebensführungsschuld hat man nicht einzustehen für das, was man ist, sondern für das, was man mangels Anspannung all seiner Fähigkeiten und Kräfte geworden ist, also für seinen verschuldeten Persönlichkeitsverfall. Außer dieser Klarstellung könnte der Begriff der Lebensentscheidungsschuld noch den Vorzug haben, daß er seinem Wortlaut nach auch auf die Fälle hinweist, in denen der Täter einen verbrecherischen Hang plötzlicherweise Macht über sich gewinnen läßt, während man bei der Lebensführungsschuld in erster Linie an einen all-

1) Bockelmann Stud. II 145ff, 153ff; s. a. Wimmer JR 47, 100.

2) Bockelmann Stud. II 153;

m ä h l i c h e n Gesinnungsverfall denken wird. Jedoch sind einmal die Fälle selten, in denen sich bei einem anständigen Menschen gewissermaßen über Nacht eine derartige tiefgreifende Wandlung in der gesamten Persönlichkeitsstruktur vollzieht; zum anderen weist umgekehrt auch das Wort Lebensentscheidungsschuld zu einseitig auf eine einmalige, radikale und abrupte Lebensänderung hin, als wenn es ein schrittweises, oft in Einzelphasen kaum sichtbares Absinken eines Menschen überhaupt nicht gebe. Da im Endergebnis der Begriff der Lebensentscheidungsschuld also keinen wirklich herausragenden Vorzug gegenüber der Lebensführungsschuld aufweist, sondern beide Begriffe sich eigentlich decken, soll in Zukunft von der in der Strafrechtswissenschaft auch gebräuchlichen Terminologie der Lebensführungsschuld ausgegangen werden.

Neben der Lebensführungsschuld findet sich in der Strafrechtslehre aber noch eine Vielzahl anderer Begriffe, bei denen nicht immer klar ist, ob sie von den jeweiligen Autoren im gleichen oder in einem anderen Sinn wie die Lebensführungsschuld verstanden werden. So begegnen uns etwa Worte wie Characterschuld, Täterschuld, Dispositionsschuld oder chronische Lebenseinstellungsschuld.¹⁾ Eine grundsätzliche Einteilung hat hingegen M e z g e r getroffen, die es uns erlaubt, auf jene Unzahl von Begriffen zu verzichten, da sie sich alle auf das Grundschema M e z g e r s zurückführen lassen. M e z g e r²⁾ geht davon aus, daß im Zusammenhang mit der Schuld stets nur grundsätzlich drei Möglichkeiten vorstellbar seien. Zunächst gebe es eine T a t - S c h u l d , so-

1) Vgl. etwa Baumann AT S. 283; Dreher, Gerechte Strafe, S. 85, 89f; Gallas Prot I 270; Hülle DRiZ 51, 35; Hall ZStW 66, 86; Kaufmann, Schuldprinzip, S. 150; Lang ZStW 63, 345; Maurach AT S. 326; Sauer AT S. 144, 153f.

2) Mezger, Grundriß, 2. Auflage, 1941, S. 81f.

weit aus den psychologischen Bestandteilen eines Willensaktes dem Täter ein Vorwurf gemacht werde. Sodann bestehe eine **Lebensführungsschuld**, soweit dem Täter aus den für seine Person kennzeichnenden Motiven und aus seiner ganzen charakterologischen Persönlichkeit ein Vorwurf gemacht werden könne. Schließlich existiere noch eine **Dispositionsschuld**, die aus den Persönlichkeitskomponenten sich ergebe, die zwar gemeinschaftsschädlicher Art seien, für die der Täter jedoch "nichts könne". Diese Dispositionsschuld dürfe aber nicht zur strafrechtlichen Schuld gerechnet werden, da ein Schuldvorwurf nur bei Umständen zu erheben sei, für die man "etwas könne". Diese grundlegende Einteilung bringt den Vorteil mit sich, daß sämtliche verwendeten Begriffe auf dieses Schema zurückzuführen sind, so daß sich die Einstellung des jeweiligen Autors sofort deutlich zeigt. Im folgenden wird somit nur von der Lebensführungsschuld, wie sie **Mezger** in seinem Einteilungsschema gebraucht, ausgegangen.

Der mit der Idee der Lebensführungsschuld verfolgte Zweck bestand ursprünglich darin, punkt der Erörterungen rückte, bestand ursprünglich darin, dem von dem Gedanken der Gefährlichkeit beherrschten § 20a StGB eine plausible schuldgerechte Erklärung zu geben. Die Lebensführungsschuld sollte also weniger einen Spiegel darstellen, mit dem man deutlich machen wollte, "auf welche schiefe Bahn man mit der Abkehr von der Lebensführungsschuld in § 20a StGB gekommen war"¹⁾, sondern diene dem Zweck, die Strafschärfung für den gefährlichen Gewohnheitsverbrecher, der als latenter Quell der Auflehnung gegen die Rechtsordnung erfaßt werden sollte, notdürftig mit dem Schuldstrafrecht in Einklang zu bringen.²⁾ Dieser Zweck

1) So **Mezger** Prot III 181.

2) **Bockelmann** Prot I 56, III 181; z. Dohna ZStW 66, 506; **Hall** ZStW 66, 86; **Lang-Hinrichsen**, Gutachten, S. 65f; **Maurach** AT S. 326.

hat sich heute infolge der im Entwurf vorgesehenen Streichung des § 20a StGB verschoben. Heute bietet die Strafzumessung die Möglichkeit, der Lebensführungsschuld Anerkennung zu verschaffen. Denn da § 60 II 2 des Entwurfs gebietet, etwa das Vorleben des Täters oder seine persönlichen Verhältnisse bei der Festsetzung der Strafe zu berücksichtigen, scheint darin ein Widerspruch zu der Verwirklichung des Tatschuldgedankens zu liegen, so daß man glaubt, in § 60 II 2 eine Bestätigung der Täterschuldidee zu finden. Man meint, daß allein die Lebensführungsschuld, die über die Vorwerfbarkeit der Tat hinausgreift und auch die Verantwortlichkeit des Täters für die zu der Tat führenden inneren Entwicklung umfaßt, eine gerechte Festsetzung der Strafe ermöglicht und erst die "Brücke von der Schuld zur Strafzumessung" ¹⁾ schlägt. Betrachtet man nun dieses sonstige, außerhalb der konkreten Tat liegende Verhalten des Täters, seinen Charakter, seine Gesinnung, seine persönlichen Verhältnisse, so lassen sich alle diese Umstände in zwei grundlegend verschiedene Gruppen aufgliedern: Einmal in ein Verhalten des Täters, das noch irgendwie in Beziehung zu der konkreten Tat steht und einen Schluß auf die Intensität des verbrecherischen Willens des Handelnden bei der Tat zuläßt. Zum anderen tritt uns aber auch ein früheres Verhalten des Täters entgegen, das mit dem konkreten Schuldvorwurf nicht das geringste zu tun hat, mag es für sich allein gesehen auch noch so zu mißbilligen sein. So kann ein Dieb etwa ein notorischer Schürzenjäger und Ehebrecher sein, ein Betrüger kann im letzten Krieg ein schlechter und deswegen bestraffter Soldat gewesen sein, und umgekehrt ist es möglich, daß ein Sittlichkeitsverbrecher dem Roten Kreuz einmal eine beachtliche Geldspende hat zukommen lassen. Wenn jene Charaktereigenschaften dann unter dem Gesichtspunkt der Lebensführungs-

1) Eb. Schmidt ZStW 69, 372

schuld für die Zumessung der Strafe herangezogen werden dürften,würde dies schlechthin zu einer unzulässigen Allgemeinabrechnung führen.

II. Anwendung der Lebensführungsschuld im Bereich der Strafzumessung?

Bevor wir auf die Erörterung der Frage eingehen, ob die Theorie der Lebensführungsschuld als solche überhaupt Bestand haben kann,soll das Problem untersucht werden,ob im Bereich der S t r a f z u m e s s u n g durch die geforderte Berücksichtigung des Vorlebens und der sonstigen persönlichen Verhältnisse des Täters auf den Gedanken der Lebensführungsschuld hingewiesen wird.Für die Beantwortung der Frage,ob darin eine Bestätigung der Täterschuldidee zu erblicken ist,muß auf die getroffene Unterscheidung zwischen einem Verhalten,das noch irgendwie in Beziehung zu der betreffenden Tat steht,und den Charakterzügen,die nicht den geringsten Schluß auf den verbrecherischen Willen bei der konkreten Tat zulassen, zurückgegriffen werden.

Wenden wir uns zunächst dem mit der Tat nicht erkennbar in Beziehung stehenden Verhalten zu,so zeigt ein Blick auf die Rechtsprechung,daß eine Heranziehung dieser sonstigen Gesinnung und Lebenshaltung des Täters stets abgelehnt wird.So hat der Bundesgerichtshof in einem Fall,in dem der Angeklagte seine Freundin zu einem Meineid veranlaßt hatte,es für unzulässig erklärt,das spätere Verlassen der Freundin durch den Angeklagten,so- wie sein liebloses Benehmen ihr gegenüber für die Straf- zumessung zu verwerten.¹⁾ Ebenso wurde in der Entscheidung

1)BGH MDR 54,693=NJW 54,1416=LM Nr.24 zu § 267 III StPO.

BGHSt 5,124,132 betont,daß bei einer Verurteilung wegen Unfallflucht das P r i v a t l e b e n des Täters,hier offenbar ein Liebesverhältnis des verheirateten Angeklagten,für die Strafzumessung nicht herangezogen werden könne,wenn es nicht in Beziehung zu der Tat stehe.¹⁾ Desgleichen könnten etwa bei einem Eigentumsdelikt die Gerichte nicht den Umstand verwerten,daß der Täter im letzten Krieg ein schlechter Soldat gewesen sei,der deshalb auch eine Strafe erhalten habe.Dies ist unabhängig von §§ 1 IV, 5 I der Verordnung über die Gewährung von Straffreiheit vom 3.6.1947 ²⁾,die die Löschung von ausschließlich militärischen Verbrechen und Vergehen im Strafregister vorschreiben,damit im Hinblick auf die politischen Verhältnisse jener Zeit diesen Verurteilungen keine strafrechtliche Bedeutung mehr zukomme.³⁾ Vielmehr dürften auch ohne die ausdrücklich angeordnete Löschung der Verurteilung jene Umstände wegen ihrer fehlenden Beziehung zu der jetzt zur Aburteilung stehenden Tat keine Berücksichtigung finden.Aber nicht allein die Rechtsprechung,auch die Rechtslehre lehnt eine Beachtung dieses sonstigen Täterverhaltens ab.⁴⁾ So ist man sich wohl darüber einig,daß für die Strafzumessung bei einem Eigentumsdelikt nicht der Umstand herangezogen werden kann,daß der Täter seiner Ehefrau untreu ist oder zu Beleidigungen neigt.Auch bei einem Sittlichkeitsdelikt muß es ohne Bedeutung bleiben,ob der Täter

1)An der Grenze wohl OLG Hamburg VRS 23,43(46):Für die Strafzumessung bei § 330a StGB ist es unerheblich,ob der Angeklagte auch s o n s t in beträchtlichen Mengen Alkohol trinkt.

2)VBl BrZ 1947,S.68ff

3)s.BGH-Urteil v.10.11.1959 - 5 StR 485/59 - zitiert nach Seibert NJW 60,473;s. aber Heinitz ZStW 63,73.

4)Baumann AT 623;Bockelmann Mat I 34;Jagusch LK IV 1 c und d,I 2 e vor § 13;Engisch ZStW 66,354f;Heinitz ZStW 63, 72;Bruns NJW 56,244;Lange ZStW 62,202,221;Lang-Hinrichsen,Grundfragen,S.119;Maurach,Gutachten,S.29f und AT S. 665;Mischke S.193;Peters,Kriminalpädagogik,S.169;Schmidhäuser,Gesinnungsmerkmale,S.129;Schröder 40 vor § 13. Anders wohl bei Disziplinarstrafen nach der WDO;vgl. § 6 II WDO:"...hat dabei das gesamte(!) dienstliche und außerdienstliche Verhalten zu berücksichtigen".s.a. Schreiber,Über die Strafzumessung bei Disziplinarstrafen, NZWehrR 1962,157.

vorher einmal wohlthätig war oder der KPD angehört hat; denn anderenfalls würde die Strafzumessung sich zu einer Generalabrechnung auswachsen.¹⁾ Daher geht es nicht an, dem Täter charakterliche Mängel, die mit dem konkreten Schuldvorwurf nichts zu tun haben, erschwerend anzukreiden. Sollte man also versuchen, mit dem Gedanken der Lebensführungsschuld derartige Tatsachen in die Strafzumessung einzuführen, so müßte diesen Bestrebungen entschieden entgegengetreten werden.

Offenbar verfolgt man diesen Zweck aber nicht, sondern will mit der Idee der Lebensführungsschuld nur ein Verhalten erfassen, das auch erkennbar mit der konkreten Tat in Beziehung steht. Zwar kommt diese Begrenzung nicht direkt im Entwurf zum Ausdruck, der in § 60 II 2 schlechthin auf das Vorleben des Täters, seine persönlichen Verhältnisse und sein Verhalten nach der Tat abstellt. Jedoch hat andererseits E b . S c h m i d t ²⁾ - sonst ein entschiedener Vertreter des Täterschuldgedankens - in seinem Gutachten für die Strafrechtskommission diese Einschränkung vorgesehen. Benutzt man die Theorie der Lebensführungsschuld aber nur dazu, um ein Verhalten zu berücksichtigen, das zu der Tat in eine gewisse Beziehung zu bringen ist, so wird damit im Endergebnis nur das verwertet, was man schon immer unter dem Gesichtspunkt des Vor- und Nachtatverhaltens beachtet. Heute kann man es schon als fest eingewurzelter Gewohnheitsrecht bezeichnen, daß eine Berücksichtigung jener Umstände nur soweit stattfindet, als dieses sonstige Verhalten auf die Tat hinweist und ein Erkenntnismittel für die Größe des verbrecherischen Tat-

1) s. neuerdings Spendel NJW 64, 1758 (1760, 1764).

2) Eb. Schmidt Mat I 26;

ebenso Baumann NJW 62, 1796f; Bruns NJW 56, 243.

willens darstellt.¹⁾ Man geht demnach zwar von der Tatschuld aus, erforscht aber das Leben des Täters, sein Verhalten vor und nach der Tat, um die Tatschuld richtig zu erfassen. Dabei scheidet man jedoch alles aus, was nicht mit der Einzeltatschuld in sinnvoller Weise verknüpft ist. Nur soweit die Persönlichkeit des Täters als Erkenntnisquelle und als sicheres Indiz für den Umfang der Tatschuld benutzt werden kann, ist ihre Einbeziehung in die Strafzumessung gestattet, da anderenfalls die Strafe nach der allgemeinen Gesinnung des Täters bemessen werden würde. Allein in den bezeichneten Grenzen kann daher eine frühere, nicht billigenswerte Lebensentscheidung, ein sonstiges fehlerhaftes Verhalten, für die Strafzumessung verwertet werden. Auch die Begründung des Entwurfs weist darauf hin: "Doch darf eine ... Lebensführungsschuld bei der Strafzumessung nur insoweit eine Rolle spielen, als sie die Vorwerfbarkeit der Tat (!) steigert".²⁾ Berücksichtigt man jedoch das sonstige Verhalten des Täters nur in dem Umfang, wie es einen Schluß auf die Tatschuld zuläßt, so liegt darin nichts anderes als die Betonung des bloßen Indizcharakters des Vor- und Nachtatverhaltens. Da es aber allgemein anerkannt ist, daß das Vorleben des Täters, sowie sein Verhalten nach der Tat für die Strafzumessung herangezogen werden können, soweit sie ein Indiz für das Maß der Tatschuld darstellen, benötigt man gar nicht mehr die Konstruktion der Lebensführungsschuld. Der Gedanke der Lebensführungsschuld ist demnach für die Strafzumessung entbehrlich, da das gleiche Ergebnis durch die Indizfunktion des sonstigen Verhaltens erzielt wird. Soweit dagegen das Verhalten keinen Schluß auf die Höhe der Tatschuld zu-

1) Baumann AT S. 623 u. bes. NJW 62, 1796f; Bockelmann Mat I 34; Dreher, Gerechte Strafe, S. 96; Grünwald NJW 60, 1941; Jagusch LK B IV 1 c u. d. vor § 13; Krumme DRiZ 55, 211; Maurach AT S. 668f u. Gutachten S. 29f; Sarstedt, Revision, S. 260; Schmidhäuser, Gesinnungsmerkmale, S. 127; M. Schmidt JZ 58, 70; Schröder 40 u. 54 vor § 13; v. Weber, Strafzumessung, S. 10. s. a. RG 67, 280; BGH 1, 51 u. 105f; BGH NJW 54, 1416.

2) Begründung E 1962 S. 182.

läßt, kann seine Verwertung auch nicht mit Hilfe der Lebensführungsschuld erreicht werden.

III. Einwände gegen die Lebensführungsschuld.

1. Die Schwierigkeit der Ermittlung der Lebensführungsschuld in der Hauptverhandlung.

Nachdem sich gezeigt hat, daß man gar nicht auf die Konstruktion der Lebensführungsschuld zurückgreifen muß, um das Verhalten vor und nach der Tat berücksichtigen zu können, sollen nun die Einwände untersucht werden, die gegen die Theorie der Lebensführungsschuld als solche vorgebracht werden. Wollte man den Gedanken der Lebensführungsschuld verwerten, so müßte der Richter zunächst im Verfahren die exakte Feststellung treffen, inwieweit das vorhandene wertwidrige Haltungsgefüge auf eigenes vorwerfbares Verhalten des Täters zurückzuführen ist und in welchem Umfang anlage- und milieubedingte Kräfte, für die der Täter "nichts kann", an der Charakterbildung mitgewirkt haben. Die saubere Trennung zwischen Wollen und Anlage erfordert eine eingehende Untersuchung des gesamten Persönlichkeitsaufbaus des Täters, eine Durchleuchtung seines innersten Wesens.

Bereits die ethische Berechtigung zu einer derartigen seelischen Sezierung, wie sie für die totale Erkenntnis des anderen Menschen nötig wäre, wird in Zweifel gezogen. So meinen etwa Kaufmann¹⁾ und Schmidhause²⁾, daß dieses Eingreifen in die Intimsphäre vom sittlichen Standpunkt aus nicht zu billigen sei und die Würde des Menschen antaste. Ob dies zutrifft, mag zwei-

1) Schuldprinzip S. 215

2) Gesinnungsmerkmale S. 183.

felhaft erscheinen, da wir auch sonst im Strafprozeß um eine eingehende Erforschung der Persönlichkeit des Verbrechens bemüht sind, um eine Tat gerecht bewerten zu können. Besonders bei Kapitalverbrechen, im Jugendstrafrecht und bei dem Verdacht einer krankhaften Abartigkeit wird nicht nur das gesamte Leben des Angeklagten ausbreitet, sondern auch der Einfluß des Milieus, die Möglichkeit von Entwicklungsstörungen und das Vorliegen von seelischen und körperlichen Krankheiten werden einer sorgfältigen Prüfung unterzogen.

Jedoch wird es schwer sein, in der kurzen Zeit der Hauptverhandlung so sehr in das ganze Wesen eines Menschen einzudringen, um mit der für den Prozeß nötigen Sicherheit den Anteil der bewußten, eigenen, vorwerfbaren Entscheidung an dem verfehlten Lebensweg aufzufinden. Dürfte es schon kaum jemandem gelingen, bei sich selbst festzustellen, ob er eine Charaktereigenschaft durch Arbeiten an sich selbst erworben oder durch Veranlagung bzw. durch den Einfluß der Umwelt in früherer Zeit erhalten hat, so grenzt es an Anmaßung, wenn man als Richter glaubt, bei einem fremden Menschen in der kurzen Zeitspanne des Prozesses ermitteln zu können, inwieweit im einzelnen die Persönlichkeit durch eine schuldhaft Lebensführung beeinflusst worden ist.¹⁾ Es hieße, dem Richter zuviel aufzubürden, wollte man von ihm verlangen, er solle die genaue Verteilung von Freiheit und Gebundensein im menschlichen Wesen ergründen. Seine Arbeit wird bruchstückhaft sein, sich auf Vermutungen stützen, aber der wissenschaft-

1) Gallas Prot I 265, 270 u. III 179; Kaufmann, Schuldprinzip, S. 190; Lang-Hinrichsen, Grundfragen, S. 118; Lang-Hinrichsen ZStW 63, 346; H. Mayer AT 65, 362; Nagler LK (6.) S. 38; Schmidhäuser, Gesinnungsmerkmale, S. 183; Schröder § 20a/2; Eb. Schmidt Prot I 54; Sieverts Prot III 180. s.a. Entwurf 1960 Begründung zu § 61 (= S. 172) und zu § 85 (= S. 203).

lichen Grundlagen entbehren, so daß Ungerechtigkeiten als unausweichliche Folgeerscheinungen sicher eintreten würden.¹⁾

2. Die Unmöglichkeit der Trennung von Schuld und Schicksal.

Die obigen Darlegungen erwecken jedoch den Anschein, als liege es nur im menschlichen Unvermögen begründet, daß diese Schwierigkeiten nicht restlos gelöst werden könnten. In Wirklichkeit ist es aber aus der Natur der Sache heraus schlechterdings unmöglich, die Größe des Schuldanteils an dem Persönlichkeitsverfall festzulegen. Denn die Persönlichkeit ist keine bloße Anhäufung von einzelnen Faktoren, die beliebig substrahiert werden könnten, so daß sich dabei jeweils eine andere Persönlichkeit ergebe. Vielmehr stellt sich die Persönlichkeit als ein unteilbares Ganzes dar, das sich aus der Verschmelzung von Anlage, schuldlos aufgenommenen Umwelteinflüssen und verschuldeter Lebensentscheidung entwickelt hat. Diese Komponenten sind bei der Persönlichkeit untrennbar zu einer Einheit verwoben; aus ihrer gegenseitigen Beeinflussung und ihrem Zusammenspiel hat sich allmählich der Charakter geformt. Dabei stehen die Faktoren in Wechselwirkung zueinander, so daß ein einfacher Abstrich mit der Folge, daß sich dann ein anderes Persönlichkeitsbild ergibt, nicht möglich ist.²⁾ So wird sich häufig eine bewußte Entscheidung gegen die allgemeinen Wertauffassungen nur deshalb

1) Birner, Kriminalpsychopathologie, 2. Aufl., S. 222; auch Kaufmann, Schuldprinzip, S. 195, 215 spricht von einer willkürlichen Auslese.

2) Birnbaum aaO; Bockelmann ZAkDR 1940, 312 Anm. 5; Bockelmann, Stud. II 136; Gallas Prot III 179; Heinitz ZStW 63, 76; Lang-Hinrichsen, Grundfragen, S. 118.

auf die Persönlichkeitsentwicklung ausgewirkt haben, weil eine entsprechende Anlage dazu vorhanden war.

Man hat versucht, all diesen Schwierigkeiten dadurch zu entgehen, daß man dem Täter ohne Rücksicht darauf, wie es zur Ausbildung der mißbilligten Persönlichkeit gekommen ist, schlechthin sein wertwidriges Haltungsgefüge zu-rechnet: Der Täter habe "einzustehen für das, was er ist", unabhängig davon, aus welchen Gründen er so geworden ist.¹⁾ Diese Formel umgeht zwar die oben bezeichneten Schwierigkeiten, da sie die exakte Bestimmung des Vorliegens und des Anteils der einzelnen Komponenten an der Persönlichkeitsbildung überflüssig macht. Jedoch besteht die Gefahr, diesen Vorteil mit der Preisgabe des Schuldprinzips zu er-kaufen. Zwar trifft es zu, daß uns im täglichen Leben alle Vorteile zugute kommen und daß wir alle Nachteile hinneh-men müssen, die uns infolge einer günstigen oder unglück-seligen Veranlagung erwachsen.²⁾ Genialität, Intelligenz, Dummheit, Ehrgeiz, Egoismus, Rücksichtslosigkeit oder un-überwindbare Schüchternheit beeinflussen unser Leben, machen die Menschen ungleich und lassen den einen im Erfolg zu-rückbleiben und den anderen zu Ansehen und Bedeutung ge-langen. Unzulässig wäre es aber, wenn jemand vom Staat für

1) Brauneck MSchrKr 1958, 136, 140f; z. Dohna ZStW 60, 295 und ZStW 66, 508ff; Engisch ZStW 61, 173ff und ZStW 66, 359; Grünhut, Gefährlichkeit, S. 92f; Heinitz ZStW 63, 75, 79f und ARWP XXII, 259ff; Lange Prot III 183; Merkel-Liepmann S. 91; Rahn SJZ 47, 535 und JZ 54, 316; Sax, Grundsätze der Straf-rechtspflege, S. 939.

aA: Dahm, Täters typ, S. 12; Großberger, Strafzumessung, S. 66; Hülle DRiZ 51, 35; Kaufmann, Schuldprinzip, S. 190ff; Leferenz ZStW 70, 33; Mezger ZStW 57, 689 u. 60, 372f; Mezger, Grundriß, S. 82; Mezger ZAKDR 1940, 62; Schmidhäuser, Gesinnungsmerk-male, S. 191; Spindel NJW 56, 775; Welzel ZStW 60, 464; Wimmer JR 47, 100; Eb. Schmidt, Festschrift für J. v. Gierke, S. 230; BGH NJW 62, 498f.

2) Engisch ZStW 61, 174; auch Kaufmann, Schuldprinzip, S. 193.

seine Veranlagung bestraft werden würde. Denn Bestrafung, losgelöst von der Frage des schicksalhaft Erworbenen, hieße nichts anderes als einheitliche, unterschiedslose Bestrafung im Vergleich zu dem nicht vom Schicksal gezeichneten Menschen, so daß man die Veranlagung zum Nachteil anrechnen würde. Wenn nach den Ausführungen z. Dohna¹⁾ genügen soll, daß der Täter die Einzeltat überhaupt nur schuldhaft begangen hat, da er dann als Urheber dafür einzustehen habe, auch wenn die Gründe der Selbstverstrickung in seiner ursprünglichen Veranlagung zu suchen seien, so liegt darin eine Verkennung des Schuldgedankens. Das Schuldprinzip besagt nicht allein, daß niemandem eine Tat zugerechnet werden dürfe, die er nicht schuldhaft begangen hat, sondern verlangt auch eine Bestrafung nach dem Maße der Schuld und damit nach dem Grad, wie schwer es jemandem fällt, der Begehung der Tat zu widerstehen.²⁾ Selbst die Anhänger jenes Nivellierungsgedankens können aber gewisse Zweifel an der Zulässigkeit ihrer Forderung nicht unterdrücken. Denn wie sonst lassen sich Formulierungen erklären, daß man sich mit dieser Art sozialer Gerechtigkeit abfinden müsse³⁾ oder daß darin eben ein Stück Ungerechtigkeit der Welt liege⁴⁾? Nach unseren sittlichen Vorstellungen kann ein Schuldvorwurf aber nur in dem Maße erhoben werden, wie man in der Lage gewesen wäre, sich pflichtgemäß zu verhalten. Jede Abweichung von diesem Grundsatz läuft auf ein Schutzstrafrecht hinaus, bei dem es nur darum geht, den gefährlichen Verbrecher von der Gemeinschaft fernzuhalten.

Die Unmöglichkeit, Schuld und Schicksal voneinander zu trennen, kann also nicht mit dem Gedanken des "Einstehens für das, was man ist" umgangen werden.

1) z. Dohna ZStW 66, 511.

2) Bockelmann Stud. II S. 27; Hülle DRiZ 51, 35; Wimmer JR 47, 101.

3) z. Dohna ZStW 66, 509.

4) Hall ZStW 70, 46; s. a. Brauneck MSchrKr 1958, 140; Heinitz ZStW 63, 74.

3. Die Lebensführungsschuld als untauglicher Maßstab für die Bestimmung der Strafhöhe.

Aber noch ein weiteres Bedenken besteht gegen die Anwendung des Gedankens der Lebensführungsschuld auf dem strafrechtlichen Bereich. Es kann nicht deutlich genug vor der Gefahr gewarnt werden, daß eine Bemessung der Strafe nach dem Umfang der Lebensführungsschuld zu einer Überbetonung präventiver Gesichtspunkte führen würde. Gegenstand der Aburteilung muß die Tat sein. Den erforderlichen Schuldvorwurf würde man jedoch auch einem Verhalten entnehmen, das zeitlich erheblich vor der Tat gelegen ist und noch nicht auf die spätere Straftat bezogen zu sein braucht. Die notwendige Beziehung der Schuld zu dem Verbrechen würde fehlen, so daß Fallgestaltungen denkbar wären, bei denen eine verhältnismäßig geringfügige Tat begangen wird, bei dem Täter jedoch ein restloser Persönlichkeitsverfall vorliegt. Der Täter könnte sich so sehr durch seinen Lebenswandel aller moralischen Hemmungen entledigt haben, daß seine Lebensführungsschuld ganz beträchtlich wäre. Aufgrund der fehlenden Verknüpfung des verschuldeten Abgleitens mit dem eigentlichen Delikt würde die Tat aber zum bloßen Anlaß für die Bestrafung herabsinken. Unabhängig davon, ob es dann mehr oder weniger zufällig zu einem Hausfriedensbruch oder einem Raubüberfall kommt, wäre der Schuldvorwurf gleich, wenn der Täter in jedem Fall alle seine Hemmungen und Rücksichten abgestreift und sich zu einem moralisch völlig minderwertigen Menschen entwickelt hat. Der Lebensführungsschuld kann daher kein Maßstab für die Bestimmung der Strafhöhe entnommen werden.¹⁾ Möglich wäre dann nur, die Strafe so zu bemessen, daß sie der Behebung der selbstverschuldeten Charakter- und Willensmängel dient. Die Strafe fiel dann so groß aus, wie sie nötig wäre, um den Täter wieder zu einem ordentlichen und sittlich gefestigten Menschen zu machen. Damit würde die

1) s. a. Bockelmann Prot I 277; Gallas Prot I 265, 270, III 179; v. Stackelberg Prot I 271.

Strafe aber unzulässigerweise entgegen der Entscheidung des Entwurfs allein an dem Gedanken der Spezialprävention ausgerichtet werden. Und sollte eine Heilung durch Erziehung ausscheiden, so könnte die Strafe nur so beschaffen sein, daß ein wirksamer Schutz der Allgemeinheit vor diesem Rechtsbrecher gewährleistet wäre. Von einer Strafe kann aber dann nicht mehr gesprochen werden, wenn sie nur dazu dient, einen gefährlichen Menschen als Störfaktor auszuschalten.¹⁾ In jedem Fall würden aber überwiegend präventive Gesichtspunkte die Höhe der Strafe bestimmen, so daß die auch vom Entwurf geforderte Ausrichtung der Strafe an dem Maß der Schuld mißachtet werden würde. Aus allen diesen Gründen ergibt sich, daß die Theorie der Lebensführungsschuld nicht haltbar ist.

1) s. a. Lang-Hinrichsen, Gutachten, S. 65; Sax, Grundsätze der Strafrechtspflege, S. 941.

§ 5: Die Bedeutung der kriminologischen Typen-
bildung für die Strafzumessung.

I. Erforschung der Täterpersönlichkeit mit Hilfe
kriminologischer Tätertypen?

Im Zusammenhang mit der Heranziehung der Täterpersönlichkeit erhebt sich eine andere, heute ebenfalls weitgehend ungelöste Frage. Zwar ist man sich über die Bedeutung der Persönlichkeit für die Strafzumessung im wesentlichen einig; man berücksichtigt - wenn auch in gewissen Grenzen¹⁾ - das Vorleben des Täters, seine persönlichen Verhältnisse, wie Familienstand, Gesundheit oder Berufsstellung, oder das Maß seiner Strafempfänglichkeit. Jedoch ist es mit erheblichen Schwierigkeiten verbunden, den Täter als Menschen überhaupt voll zu erfassen. Man glaubt nun verschiedentlich, mit Hilfe kriminologischer Tätertypen eine Stütze für die Erfassung der Persönlichkeit und damit für die Strafzumessung gewinnen zu können. Daher haben sich schon früher namhafte Kriminologen und Strafrechtslehrer mit der Frage der Einteilung von Verbrechern befaßt. So teilte etwa A s c h a f f e n b u r g²⁾ die Täter in widerstandsfähige Verbrecher, Affekt- und Triebverbrecher, in entgleisungsbereite Haltlose und in Aktive ein. G r u h l e³⁾ sprach von Verbrechern aus Neigung, Verbrechern aus Schwäche, Verbrechern aus Affekt, Verbrechern aus Ehre und aus Überzeugung. E x n e r⁴⁾ traf charakterologische, kriminalsoziologische, biologische,

1) s. O. S. 11 ff

2) Aschaffenburg HWK I S. 837.

3) Gruhle HWK I S. 911.

4) Exner KrimBiol S. 219 ff; Kriminologie S. 203 ff; Die psychologische Einteilung der Verbrecher, SchwZfStr Bd. 38, 1 ff.

kriminalpolitische und gesetzliche Einteilungen, während etwa K r e t s c h m e r ¹⁾ bei seinen Typisierungen von körperlich-seelischen Gesichtspunkten ausging. F . v . L i s z t schließlich unterschied Augenblicks-(Gelegenheits-)Verbrecher, Verbrecher mit verminderter sozialer Einordnungsfähigkeit und Verbrecher, deren Einordnung nicht mehr erwartet werden kann. ²⁾ Abgesehen davon, daß v . L i s z t s Einteilung etwas zu wenig differenziert erscheint, leidet sie an dem Mangel, daß sie m a ß g e b - l i c h an spezialpräventiven Gesichtspunkten ausgerichtet ist. Wenn auch nach dem Willen des zukünftigen Gesetzes der Zweck der Besserung und Wiedereingliederung des Täters nicht außer Betracht zu bleiben hat, so soll doch der Sühnezweck den Vorrang haben. Für uns kann daher nur die Typeneinteilung voll verwertbar sein, die im Einklang mit jener Strafzweckentscheidung des Gesetzgebers steht.

In neuerer Zeit sind neben E x n e r besonders M e z g e r ³⁾, S a u e r ⁴⁾, S e e l i g und W e i n d - l e r ⁵⁾ der Frage nachgegangen, ob mit Hilfe von kriminologischen Tätertypen die Persönlichkeit des Verbrechers besser erforscht werden kann. Aber auch in der "reinen" Strafrechtslehre scheint sich die Meinung durchzusetzen, man könne mit kriminologischen Tätertypen eine Hilfe für die Erfassung der Persönlichkeit und damit der schuldge-rechten Strafe finden. Der Entwurf zu einem neuen Strafge-setzbuch schweigt zu dieser noch wenig untersuchten Frage, die - weil mehr im Tatsächlichen liegend - er wohl auch schwerlich beantworten könnte. Im folgenden soll daher un-

1) Kretschmer, Körperbau und Charakter, 21./22. Aufl., 1955.

2) v. Liszt, Aufsätze und Vorträge, 1905, Bd. II S. 170.

3) Mezger, Kriminologie S. 150ff; Typenproblem S. 16; Kriminelle Typen in: Festschrift für Schneider, S. 217ff; ZAkDR 1944, 100.

4) Sauer, Kriminologie S. 253, 276ff, 286; KrimSoz S. 188-632, 646f; AT S. 256; GA 1957, 137.

5) Seelig-Weindler S. 7-23, 175ff.

tersucht werden, ob die wichtigsten bisher entwickelten Tötertypen für die Strafzumessung verwertbar sind.

Zuvor muß jedoch noch auf einen wesentlichen Punkt hingewiesen werden: Zwar wäre die Behauptung übertrieben, dogmatisches Strafrecht und Kriminologie stünden sich als zwei feindliche Brüder gegenüber, doch kann man sich der Erkenntnis nicht verschließen, daß weitgehend eine gegenseitige Ergänzung der beiden Wissenschaftsgebiete zu vermissen ist. Vermag eine Tatsachenforschung der reinen rechtlichen Würdigung eines Sachverhalts auch kaum dienlich zu sein, so könnte für die **S t r a f z u m e s s u n g**, bei der die Feststellung der Ursachen und Hintergründe der Tat für eine gerechte Bemessung der Strafe erforderlich ist, dem Richter durch die Bildung geeigneter Persönlichkeitstypen ein Hilfsmittel in die Hand gegeben werden. Jedoch ist die Kriminologie, die der Strafrechtswissenschaft ein "planloses Herumexperimentieren" vorwirft¹⁾, nicht von dem Vorwurf frei, sich abgekapselt und nach den verschiedenartigsten, für die Strafzumessung aber unbrauchbaren Gesichtspunkten eine Typengliederung vorgenommen zu haben!²⁾ Sollen sich Strafrecht und Kriminologie gegenseitig ergänzen, so müssen die Forschungen der Kriminologie und die geschaffenen Eingruppierungen sich nach ihrer Verwertbarkeit für das Strafrecht ausrichten. Dies bedeutet folgendes: Wenn § 60 I des Entwurfs bestimmt, daß die Grundlage für die Zumessung der Strafe die Schuld des Täters sein soll, so kommt darin zum Ausdruck, daß die Strafe zwar nicht ausschließlich, aber doch hauptsächlich dem Ausgleich der Schuld zu dienen hat. Zwar erkennt der Entwurf als

1) Hartung NJW 51, 540; s. a. Bader JZ 52, 18; Nüse JR 50, 127.

2) Vgl. Bruns NJW 56, 242; Sauer GA 1957, 135.

weiteren Strafzweck die Verhütung künftiger Straftaten an, was durch die Wiedereingliederung des Täters in die Gemeinschaft oder durch die Abschreckung anderer vor der Begehung ähnlicher Taten geschehen kann. Diese präventiven Strafzwecke haben jedoch hinter dem Sühnezweck der Strafe zurückzustehen und dürfen nur soweit zu einer Veränderung der schuldangemessenen Sühnestrafe führen, als die Strafe in ihrem Kern noch eine Schuldstrafe bleibt. Wenn also in erster Linie eine Sühnestrafe verhängt werden soll, deren Höhe sich nach dem Maß der Schuld des Täters richtet, so muß daraus die Kriminologie für ihre Aufstellung von Tätertypen die Konsequenzen ziehen! Sie darf demnach keine Typeneinteilung vornehmen, die maßgeblich den präventiven Strafzwecken gerecht wird. Denn was würde unter der Geltung des § 60 I des Entwurfs z.B. die Einteilung des senilen Kinderschänders in die Gruppe der Entwicklungsverbrecher¹⁾ nützen, die die Tat unter dem Einfluß einer besonderen Entwicklung ihrer Natur begehen und in diesem Fall nur eine geringe Hoffnung auf Besserung und Heilung erwarten lassen? Allein unter dem Blickwinkel der Spezialprävention würde damit zwar dem Richter ein gewisser Anhalt für die Höhe der zu verhängenden Strafe gegeben werden; da aber in erster Linie der gerechte Schuld- ausgleich das Strafmaß bestimmen soll, ist der Wert dieser Typenbildung gering. Ebenso verhält es sich etwa bei dem Typ des Zustandsverbrechers²⁾, dessen G e f ä h r l i c h - k e i t äußerst hoch sein kann, da seine Persönlichkeit einen Hang zur Kriminalität aufweist und er schon bei dem geringsten äußeren Anstoß straffällig wird. Unter der Geltung eines Schuld-Sühne-Strafrechts kann Gefährlichkeits- gesichtspunkten, die nicht mehr durch die Schuld gedeckt

1) z.B. Mezger, Kriminologie, S. 150ff, 163ff; Kriminelle Typen, in: Festschrift für Schneider, S. 217ff.

2) Mezger aaO.

werden, aber nur noch durch Maßregeln der Sicherung und Besserung begegnet werden. Will die Kriminologie also für die Strafzumessung brauchbare Tätertypen aufstellen, so hat sie ihre Einteilungen nach der unterschiedlichen Bedeutung der einzelnen Strafzwecke, wie sie im Entwurf zum Ausdruck gekommen ist, vorzunehmen. Der Richter muß demnach mit der Eingliederung des Täters in einen bestimmten kriminologischen Typ hauptsächlich die Erkenntnis gewinnen können, ob die Tatschuld, die den Maßstab für die Sühnestrafe darstellt, gegenüber anderen Tätern gesteigert oder vermindert ist. Nach diesem Kriterium ist daher die Brauchbarkeit der wichtigsten bisher entwickelten Tätertypen zu untersuchen.

II. Die Beurteilung der wichtigsten Tätertypen hinsichtlich ihrer Brauchbarkeit für die Strafzumessung.

1. Die Tätertypen S e e l i g s .

Während S e e l i g das Verdienst gebührt, Erfahrungstypen der Kriminologie aufgestellt und gleichzeitig ihre Auswirkungen auf die Strafzumessung geprüft zu haben, hat W e i n d l e r den Versuch unternommen, die Richtigkeit jener Einteilung anhand empirischer Untersuchungen zu beweisen.¹⁾ S e e l i g unterscheidet acht Verbrechertypen: Den Berufsverbrecher aus Arbeitsscheu, den aggressiven Gewalttäter, den Verbrecher aus sexueller Unbeherrschtheit, den Krisenverbrecher, den primitiv-reaktiven Verbrecher, den Überzeugungstäter, sowie den Ver-

1) Seelig-Weindler S. 77ff, 175ff; s. a. Seelig-Bellavidi, S. 69ff

brecher aus Mangel an Gemeinschaftsdisziplin.

Kennzeichnend für den arbeitsscheuen Berufsverbrecher sei die asoziale Lebensform, die nicht nur manchmal bei Begehung einzelner strafbarer Handlungen zutage trete, sondern die einen Hang zum gemeinschaftswidrigen Verhalten erkennen lasse. Dieser Verbrechertyp "lebe" vom Verbrechen und umfasse den Großteil der Gewohnheitsverbrecher, der gewerbsmäßigen Falschspieler, Einbrecher, Taschendiebe, Hochstapler, Heiratsschwindler, Hehler, Schmuggler, Münzfälscher, Zuhälter und Prostituierten. Der arbeitsscheue Berufsverbrecher sei unter sonst gleichen Umständen strenger als alle anderen Typen zu behandeln, da ihm erhöhte Gefährlichkeit und erhöhte Schuld zukomme, letztere zwar nicht im Sinn einer Aktuelschuld, da das Gefühlsleben und die Hemmungen durch die Gewohnheit meist abgestumpft seien, wohl aber im Sinn einer Dispositionsschuld. Die Dispositionsschuld¹⁾ liegt für Seelig nicht in dem aktiven Überwinden seelischer Hemmungen (Aktuelschuld), sondern in der Verwerflichkeit der dem Verhalten zugrunde liegenden Disposition - hier der Arbeitsscheu -, die in der Persönlichkeit des Täters verankert sei.

Der Vermögensverbrecher aus geringer Widerstandskraft übe im Gegensatz zum ersten Typ einen Beruf aus und stehe oft fest im sozialen Leben. Jedoch bringe er gegenüber den kriminellen Anreizen, die ihm die Umwelt, meist das Berufsleben, biete, nicht die nötigen Widerstandskräfte auf und könne den verlockenden Gelegenheiten nicht widerstehen. Zu diesem Gelegenheitstäter, dessen Verbrechen mehr einer Haltlosigkeit entspringe, gehörten fleißige, aber unehrliche Arbeitnehmer, unredliche Geschäftsleute, der tüchtige Postbeamte, der einen Wertbrief unterschlage, ebenso wie die gutsituierte Dame, die zuweilen in der Straßebahn "schwarz" fahre. Für die Strafzumessung sei zu beachten, daß zu der zwar gemilderten, aber wegen der kriminogenen Disposition der Unehrlichkeit doch noch bestehenden Dispositionsschuld eine Aktuelschuld hinzutrete, die je nach dem Anreiz der verlockenden Gelegenheit oder dem Mißbrauch eines

1) s. dazu unten S. 178ff

Vertrauensverhältnisses verschieden sei.

Der aggressive Gewalttäter werde durch eine erhöhte Erregbarkeit charakterisiert, die zu spontanen Entladungen tendiere, wobei er wegen seiner oft schon habituell gewordenen Angriffssucht bereits bei kleinen Anlässen mit Beschimpfungen und Tötlichkeiten reagiere. Zu diesem Typ gehöre der bauerliche Raufbold und Messerheld, der Krakeeler, aber auch mancher Totschläger. Für die Strafzumessung sei zu beachten, daß häufig die Aktuelschuld wegen Alkoholgenusses oder hochgradigen Affektes gering sei, während bei einer chronischen Angriffssucht als kriminogener Disposition die aus ihr entspringende Verhaltensweise als verwerflich erscheine.

Für den Verbrecher aus sexueller Unbeherrschtheit diene die Tat unmittelbar der Befriedigung des geschlechtlichen Triebes. Im Gegensatz zum Nichtkriminellen, der die verbotenen sexuellen Wünsche angesichts der kulturellen, ethischen und rechtlichen Schranken in sich begrabe, setze dieser Tätertyp das sexuelle, ihm vorschwebende Wunschziel ungehemmt in die Wirklichkeit um. Hinsichtlich der Strafzumessung könne die Schuld gering sein, wenn sich der Täter bemüht habe, seine Triebe zu beherrschen.

Bei dem Krisenverbrecher handle es sich in der Regel um bisher unbescholtene Menschen, die in eine Konfliktsituation geraten seien, aus der sie nur noch einen kriminellen Ausweg fänden. Hier brauche nicht stets ein "Umweltverbrechen" vorzuliegen, da der Umstand, daß die Umweltlage als "Krise" erlebt werde, regelmäßig durch die Eigenart der Persönlichkeit bedingt sei. In diese Gruppe gehörten der betrügende und unterschlagende Familienvater, der vor dem wirtschaftlichen Zusammenbruch stehe, der tötende Ehemann, dessen Frau Beziehungen zu einem anderen aufgenommen habe, Abtreiberinnen und Kindsmörderinnen, die von ihren Geliebten verlassen worden seien. Für die Strafzumessung dürfe nicht ohne weiteres eine geminderte Schuld angenommen werden, sondern es sei die jeweils verschiedene Verwerflichkeit der Zielrichtung und die oft

reifliche Planung zu berücksichtigen. Da die Tat einer Krise entsprungen, der Verbrecher aber regelmäßig unbescholten sei, könne die günstige Prognose bei der Festsetzung der Strafe berücksichtigt werden.

Bei dem primitiv-reaktiven Verbrecher werde die triebhafte Strebung unter Ausschaltung aller Hemmungsmechanismen so dominant, daß er vor kriminellen Mitteln zur Erreichung seines Strebungszieles nicht zurückschrecke. Derartige Explosivreaktionen, wie auch Kurzschlußhandlungen kämen bei dem Heimwehverbrecher oder dem blindwütigen Rächer vor. Wenn auch die Schuld wegen der Ausschaltung der Gesamtpersönlichkeit gering sei, würden mit Rücksicht auf die Schwere der Tat, die sich häufig als Totschlag oder Brandstiftung darstelle, oft erhebliche Strafen verhängt.

Beim Überzeugungsverbrecher trete an die Stelle der sonst üblichen Überwindung der Hemmungen ein Antrieb als Folge einer wertbetonten Überzeugung, zur Begehung der Tat verpflichtet zu sein. Da ihm gegenüber dem Staat die sittliche Überlegenheit des Strafenden fehle, bestrafe er einen solchen Andersdenkenden nur zum Zweck der Sicherung und Abschreckung.

Der Typ des Verbrechers aus Mangel an Gemeinschaftsdisziplin habe sich besonders im Krieg und in der Nachkriegszeit entwickelt, als die notwendige Bindung an das Staatsinteresse besonders deutlich hervorgetreten sei. Zu den Abhörern feindlicher Rundfunksender, den "Defaitisten" hätten sich die Wucherer, Schieber und Kriegsgewinnler gesellt, die aus der Rationierung der Bedarfsgüter auf Kosten der Gemeinschaft maßlosen Gewinn für sich gezogen hätten.

Soll eine Typenaufstellung nicht nur um ihrer selbst willen da sein, sondern als Hilfsmittel für die Praxis dienen, so hat sie die tatsächlichen Erscheinungen entsprechend ihrer Bedeutung zu berücksichtigen und dem Richter für die Masse der vorkommenden Fälle ein Rüstzeug an die Hand zu geben. Bei dem Versuch W e i n d l e r s , die Tätertypik

durch empirische Nachweise zu erhärten, hat sich indes gezeigt, daß nur 0,4 % aller untersuchten Fälle in die Reihe der primitiv-reaktiven Verbrecher und nur 0,9 % in die Gruppe der Krisenverbrecher einzuordnen waren. Eine ausgesprochene Zeiterscheinung stellten ferner die Verbrecher aus Mangel an Gemeinschaftsdisziplin dar, die als Folge der Normalisierung der Verhältnisse heute gänzlich an Bedeutung verloren haben, so daß auch die Berechtigung dieser Gruppe zweifelhaft erscheint. Wenn ferner bei einem Verbrecher aus sexueller Unbeherrschtheit die sexuelle Hemmungslosigkeit gemeinsames Merkmal fast aller Sexualverbrechen ist -ausgenommen die männliche und weibliche Prostitution, die mehr in den Bereich des arbeitsscheuen Berufsverbrechers eingegliedert werden sollte -, so kann dieser kriminologische Tätertyp schwerlich zu einer Differenzierung innerhalb der einzelnen Unzuchtstäter herangezogen werden. Ähnlich erschöpfen sich die Taten des Verbrechers aus Mangel an Gemeinschaftsdisziplin - von den defaitistischen Handlungen einmal abgesehen - in Wirtschaftsstraftaten, so daß die Persönlichkeiten der jeweiligen Verbrecher innerhalb dieser Deliktsgruppe nicht abgestuft werden können. Dies wird in geringem Umfang erst durch die Überschneidung der Typengruppe der Berufsverbrecher aus Arbeitsscheu mit der des Vermögensverbrechers aus geringer Widerstandskraft und teilweise auch der des Krisenverbrechers erreicht, da hier dem Richter die Möglichkeit gegeben wird, anhand irgendeines (Vermögens-)Tatbestandes die unterschiedliche Persönlichkeit und Schuld der jeweiligen Täter zu erkennen. Allerdings leiden an diesem Punkt die Ausführungen Seelig's darunter, daß er mit dem Begriff der Dispositionsschuld als der Verwerflichkeit der dem Handeln zugrundeliegenden Dispositionen arbeitet und damit dem Gedanken des "Einstehens für das, was man ist" nahekommt, zumal er den in einem Schuldstrafrecht unhaltbaren gefährlichen Gewohnheitsverbrecher des § 20a StGB als den Hauptvertreter des Berufsverbrechers aus Arbeitsscheu ansieht. Der bloße Hinweis, daß bei der Gruppe der Vermögensverbrecher aus geringer Wider-

standskraft die Aktualschuld verschieden sein könne - je nach dem Anreiz der verlockenden Gelegenheit oder dem Mißbrauch des geschenkten Vertrauens -,vermag dem Richter wenig zu geben im Vergleich zu den von der oft vielgeschmähten "reinen" Strafrechtswissenschaft sorgfältig und scharfsinnig herausgearbeiteten Strafmaßrealien, die eine zutreffende Beurteilung einer geminderten oder gesteigerten Schuld gestatten können.

2. Die Tätertypen S a u e r s .

S a u e r ¹⁾ hat es unternommen, auf den Grundlagen der Wurzeln der Kriminalität, die er in der Anlage, der Umwelt und dem freien Willensentschluß des Täters erblickt, drei Typen aufzubauen: Die reinen Nutz- und Nottypen, die Angriffstypen und die Schwächetypen.

Zu den Nutz- und Nottypen zählt er die Verbrecher, die durch ihre Handlung nicht allein schädigen, sondern auch eigenen Gewinn erzielen wollen. Die Nutz- und Nottypen ließen sich in zwei Hauptgruppen, die Schieber und die Schlepper aufgliedern. Während der Schieber die Werte aus fremdem Machtbereich in den eigenen schiebe, wolle der Schlepper das Opfer seinem Willen gefügig machen, es nachschleppen. Die Schiebergruppe zerfalle in zwei Untergruppen, die Greifer und die offenen Schieber, die die Tat offen durch Diebsgriff begingen (Diebstahl, Wilderei, Raub, Erpressung) und die Schwindler oder eigentlichen Schieber, die die Kriminalität der Handlung vom äußeren Griff in den Willen hinein verlegten (Betrug, Urkundenfälschung, Personenstands fälschung, Meineid). Während die meist jugendlichen Greifer offen und teilweise sehr primitiv vorgingen, seien beim Schwindler die Willensbetätigungen wegen ihrer Verstecktheit ungleich verwerflicher und auch gefährlicher.

Die Schleppergruppe sei ebenfalls in zwei Untergruppen aufzu-

1) Sauer, Kriminologie S. 253, 276ff, 286 u. Tafel 103 nach S. 615; KrimSoz. S. 188-632, 646f; Sauer AT S. 256; Sauer GA 57, 137;

gliedern, in die Schleicher und Verräter, sowie in die Spanner und Ausbeuter. Bei den Schleichern und Verrätern (Einzeldelikte seien Unterschlagung, Untreue, Bestechung, Pfandkehr und Vollstreckungsvereitelung) trete die äußere Handlung noch mehr zurück, der Wille werde noch ausschlaggebender; da Verschlagenheit und Vertrauensbruch typische Kennzeichen seien, müßten diese Delikte um eine weitere Stufe verwerflicher erscheinen. Die Spanner und Ausbeuter (als Einzeldelikte kämen Hehlerei, Wucher, Kuppellei, Zuhälterei, Mädchenhandel in Betracht) seien die fluchwürdigsten Verbrecher, da sie geschwächte Menschen und ungesunde Umweltlagen in ihre Dienste spannten und fremde Not, Krankheit, Hilflosigkeit und unrechtmäßiges Verhalten zu eigenem Gewinn ausnützten.

Bei den Angriffstypen, die weniger als Tätertypen ersichtlich seien, schädigten die Taten in der Regel nur. Entsprechend den Untergruppen bei den Nutz- und Nottypen ließen sich hier etwa Gewalt- und Rohheitsdelikte (Sachbeschädigung, Tierquälerei, Körperverletzung, Totschlag), Gewalt- und Äußerungsdelikte (Beleidigung, Unzucht vor anderen), Gewalt- und Machtausnutzungsdelikte (Geheimnisverletzung, Begünstigung, Hoch- und Landesverrat), sowie Gewalt- und Ausbeutungsdelikte (Nötigung, Bedrohung, Freiheitsberaubung, z.T. Erpressung) unterscheiden, wobei auch hier die Strafwürdigkeit von Stufe zu Stufe wegen der zunehmenden Einschaltung der Intelligenz und der Ausnutzung fremder Not ansteige. Im übrigen werde die Strafwürdigkeit der ganzen Gruppe heute aber bei weitem überschätzt; wegen des meist einmaligen Charakters der Tat verspreche kriminalpolitisch die Behandlung des Täters vielfach Erfolg.

Zu den Trieb- und Schwächetypen, bei denen sich entsprechend den einzelnen Untergruppen der Nutz- und Nottypen Parallelen bilden ließen, gehörten die Bettler und Landstreicher, die Fahrlässigkeitstäter, die Ehebrecher, die Abtreiber und Kindsmörderinnen, sowie die mit anderen Unzucht treibenden Täter. Die Gruppe der Trieb- und Schwächetypen stelle eine wesentliche Abschwächung in der Strafwürdigkeit gegenüber den beiden anderen Typen dar. Denn im Vergleich zu den Nutz- und Nottypen

trete die Habsucht, das intensive Streben nach Nutzen zugunsten von Energielosigkeit und Bequemlichkeit zurück; im Gegensatz zu den Angriffsdelikten stehe nicht die Gewalt, sondern die Schwäche und der Trieb im Vordergrund. So könnten die Schuld und die Strafwürdigkeit im Einzelfall verschwindend gering sein, wenn auch häufig eine starke Rückfallsneigung anzutreffen sei.

S a u e r ist es vorzüglich gelungen, die Vielzahl der im Strafgesetzbuch normierten Delikte in ein System zu bringen, bestehende Querverbindungen aufzudecken und den Blick für Zusammenhänge innerhalb der Kriminalität zu öffnen. Besonders für die Frage der Einschlägigkeit von Vorstrafen wird seine Typenbildung Bedeutung haben, da sie unabhängig vom strafrechtlichen Tatbestand die Feststellung ermöglicht, ob der Täter seinem Typ und seiner kriminellen Richtung treu geblieben ist. Wenn S a u e r aber die Nutz- und Nottypen als die strafwürdigsten Verbrecher ansieht, weil sie im Vergleich zu den bloßen Angriffstypen das Opfer auch noch auszunutzen bestrebt seien, so steht dies im Widerspruch mit dem herrschenden Rechtsempfinden und dem geltenden Recht, das besonders in den Angriffsdelikten die Spitze der Hochkriminalität erblickt. Auch beim Mordtatbestand finden wir die Gleichstellung des Habgiermerkmals sowohl mit dem Merkmal der Grausamkeit wie mit dem - an sich auf einen bloßen Schwächetyp hinweisenden - Merkmal der Befriedigung des Geschlechtstriebes. Mag auch heute der Ruf nach einer härteren Bestrafung des ausbeutenden Intelligenzverbrechertums nicht unberechtigt erscheinen, so wäre eine grundsätzliche Höhereinstufung als die Angriffsdelikte nur de lege ferenda zu erwägen, müßte aber auch hier zwangsläufig auf erheblichen Widerstand stoßen, da entsprechend der Konzeption des Grundgesetzes die Garantie der körperlichen Integrität und der Freiheit des Willens eine zu materialistische Einstellung nicht aufkommen ließe. Im übrigen ist in der Typisierung S a u e r s weniger eine Aufstellung von Verbrecher- als von Verbrechenstypen zu sehen. Infolge der bloßen

Neugruppierung der einzelnen Tatbestände des Strafgesetzbuchs entsprechend ihrem inneren Zusammenhang erhält der Richter nur eine generelle - und zudem noch anzweifelbare - Abstufung der Strafwürdigkeit ganzer Deliktsgruppen. Damit wird ihm aber nur eine unzureichende Hilfe für seine Aufgabe in die Hand gegeben, innerhalb des gesetzlichen Strafrahmens des **e i n z e l n e n** Delikts die verschiedenartigen Typen, ihre Persönlichkeit und damit ihre Strafwürdigkeit zu entdecken, wie es für die Strafzumessung im Einzelfall so unumgänglich nötig ist.

3. Die Tätertypen **M e z g e r s** .

M e z g e r ¹⁾ richtet seine Einteilung nach dem von ihm für entscheidend erachteten Einteilungsgrund, der Bereitschaft zum Verbrechen, aus und gelangt auf diese Weise zu einer grundsätzlichen Abstufung nach Situationsverbrechern und Charakterverbrechern. Bei den Situationsverbrechern komme es im wesentlichen infolge der konkreten äußeren oder inneren "Situation" des Falles zu dem Delikt, während bei den Charakterverbrechern die Kriminalität in der persönlichen Eigenart des Täters, in seinem Charakter, ihre Wurzeln habe.

Die Situationsverbrecher unterschieden sich nach Konfliktverbrechern, Entwicklungsverbrechern und Gelegenheitsverbrechern. Beim Konfliktverbrecher liege keine Bereitschaft zum Verbrechen vor, sondern es komme erst nach Überwindung eines starken inneren Widerstandes, nach einer inneren Auseinandersetzung mit hemmenden Vorstellungen und Tendenzen zum Delikt. Die Tat reife erst bei besonderen Schwierigkeiten der Lebenslage, wie geschäftlichen Mißerfolgen, ehelichen Zerrüttungen, einer Notlage oder der Geburt eines unehelichen

1) Mezger, Kriminologie, S. 150ff, 163ff; Mezger, Typenproblem, S. 16; Mezger, Kriminelle Typen, in: Festschrift für Schneider (1947) S. 217ff; Mezger ZAkDR 1944, 100.

ebenso Hülle DRiZ 51, 35;

Kindes, im Verbrecher heran, der das Delikt aus einem inneren Zwiespalt heraus begehe. Für den Entwicklungsverbrecher sei kennzeichnend, daß er die Tat unter dem bestimmenden Einfluß einer besonderen Entwicklung seiner Natur begehe. Derartige Täter, die Jugendlichen oder der Erwachsene im Senium oder Klimakterium, gehörten ebenfalls zu der Gruppe der Situationsverbrecher, da die besondere Situation nicht nur durch die Umwelt, sondern auch endogen bedingt sein könne. Beim Gelegenheitsverbrecher schaffe ebenfalls noch nicht die innere Neigung oder der Hang das Verbrechen, sondern die gegebene Lage, die äußere Gelegenheit. Im Gegensatz zum Konfliktverbrecher fehle aber der Konflikt, der innere Widerstand und Kampf, so daß hier der Täter der Gelegenheit erliege.

Auch die Gruppe der Charakterverbrecher lasse sich in drei Untergruppen, in Neigungsverbrecher, Hangverbrecher und Zustandsverbrecher einteilen. Bei dem Neigungsverbrecher bestehe bereits eine innere Neigung zum Verbrechen, die sich entweder aktiv durch Aufsuchen oder passiv durch Ausnutzen von Gelegenheiten offenbare. Der Typ des Neigungsverbrechers stehe an der Grenze zwischen Situationsverbrecher und Charakterverbrecher, da einerseits die Kriminalität nicht mehr allein eine äußere, fremde "Zutat" sei, andererseits aber die Neigung im Gegensatz zum Hang erst lose mit der Gesamtpersönlichkeit verbunden sei, so daß auch die Besserungsaussichten nicht ungünstig beurteilt werden könnten. Beim Hangverbrecher hingegen habe sich die Neigung zu einem Hang erweitert, der bereits so stark in der Persönlichkeit verwurzelt sei, daß es zum Verbrechen keiner weiteren Aktivierung durch die Umwelt mehr bedürfe. Beim Zustandsverbrecher schließlich sei der Hang noch weiter "eingefleischt" und die Kriminalität zu einem dauernden Zustand geworden. Die Gruppe der Hang- und Zustandsverbrecher bildeten die Grundlage für den gefährlichen Gewohnheitsverbrecher.

Zwar treten in der Typenbildung ¹⁾ M e z g e r s die Anklänge an die Adäquanztheorie allzu deutlich hervor, besonders

1) Über deren Unhaltbarkeit s. u. S. 178ff

wenn betont wird, daß bei den Charakterverbrechern die Taten in der Persönlichkeit ihre Wurzeln hätten, während es bei den Situationsverbrechern nur infolge äußerer oder innerer Umstände, die vom Charakter des Täters unabhängig seien, zum Delikt komme. Auch scheint der Ausgangspunkt, die Einteilung nach der Bereitschaft zum Verbrechen, nicht konsequent eingehalten zu sein. Während bei den drei Typen der Charakterverbrecher eine schrittweise Steigerung der Neigung zum Verbrechen damit möglicherweise der Strafwürdigkeit festzustellen ist, lassen sich die ersten drei Gruppen auch "qualitativ unterscheiden".¹⁾ Am ehesten wäre noch eine graduelle Abstufung zwischen dem Konfliktverbrecher und dem Gelegenheitstäter denkbar, da bei dem letzteren eine Konstellation der Umwelt ausreicht, um ihn der Versuchung erliegen zu lassen, während beim Konfliktverbrecher eine heftige Auseinandersetzung mit hemmenden Faktoren stattfindet, ehe er sich dem Druck der widrigen Lebenslage beugt. Trotzdem wäre eine generelle niedrigere Einstufung des Konfliktverbrechers hinsichtlich seiner Strafwürdigkeit verfehlt, da eine Vielzahl wesentlicher Faktoren - Verursachung und Berechtigung des Konflikts, Verwerflichkeit des Motivs und besonders die Größe des verletzten Rechtsgutes, die gerade bei Konfliktstaten beträchtlich sein kann - dabei unberücksichtigt blieben. Vollends aus der Reihe einer sorgsam Abstufung nach dem Grad der Bereitschaft zum Verbrechen fällt aber der Typ des Entwicklungsverbrechers, der rein ätiologisch-genetisch orientiert ist. Darüberhinaus mag zwar der Einteilungsgrund nach der Bereitschaft zum Verbrechen eine Typenbildung gewährleisten, die einer nach präventiven Gesichtspunkten ausgerichteten Strafzumessung vorzügliche Dienste leisten kann. Hauptsächlich bei den Untergruppen des Charakterverbrechers entspricht der steigenden Verbrechensbereitschaft sowohl ein erhöhtes Sicherheitsbedürfnis wie auch die Notwendigkeit einer intensiveren Einwirkung auf die Persönlichkeit

1) Seelig ZStW 63, 363;

des Täters, um mit einer entsprechenden Behandlung die Bereitschaft, die Neigung oder den fest verwurzelten Hang zum Verbrechen in dem Charakter des Täters auszumerzen. Unberücksichtigt bleibt dabei aber teilweise die für unsere Strafzumessung entscheidende Frage nach dem Maß der Schuld, so daß selbst M e z g e r bei der Erörterung des Hangverbrechers eingestehen muß, daß bei der angewandten, rein phänomenologischen Kennzeichnung es noch unentschieden bleibe, ob die gegebene Form anlagemäßig erworben oder schuldhaft erlangt sei.

Der Vorteil des Typenbildung M e z g e r s beruht aber im Vergleich zu den bisher untersuchten Einteilungen darin, daß ihr eine ausgedehnte Breitenwirkung zukommt. Hier findet sich keine bloße Zusammenfassung nach einzelnen Deliktgruppen, sondern die geschaffenen Typen lassen sich auf alle oder nahezu alle Tatbestände anwenden. Für den Richter wäre es daher grundsätzlich möglich, innerhalb jedes beliebigen Tatbestandes den betreffenden Täter in einen der graduell verschiedenen Typen einzuordnen und damit einen Vergleichsmaßstab für seine Strafwürdigkeit zu finden. Da sich die Typen auf fast alle Delikte erstrecken, wird innerhalb der e i n z e l n e n Delikte eine Abstufung ermöglicht, während sonst nur die Strafwürdigkeit einzelner D e l i k t s a r t e n miteinander verglichen werden konnte. Hierin ist ein wesentlicher Vorzug der Tätertypen M e z g e r s zu erblicken, wenn damit auch noch nichts Endgültiges über den Wert dieser kriminologischen Einteilung ausgesagt ist.

5. Tätertypen, die mit der Einteilung M e z g e r s vergleichbar sind.

Aber auch bei anderen Autoren begegnet uns eine Typenbildung der eben geschilderten, für die Strafzumessung notwendigen Art. Vergleichbar mit der Typisierung M e z -

gers ist die leider etwas allzu grobe Einteilung Exners¹⁾ in Gelegenheits- und Zustandsverbrecher, je nachdem ob die Taten Umweltlich oder anlagemäßig bedingt sind.²⁾ Selbst im Bereich des Steuerstrafrechts zeigen sich ähnliche Erscheinungen, wie die Einteilung Terstegens³⁾ in Notabwehrverbrecher und Bereicherungs-(Pionier-)Verbrecher offenbart, wenn auch diese Typisierung mehr Ähnlichkeit mit der Unterscheidung des Konfliktsverbrechers vom Neigungsverbrecher aufweist. Zum Typ des Notabwehrverbrechers seien alle Täter zu rechnen, die infolge der Ausweglosigkeit der Situation zu dem Mittel der Steuerhinterziehung griffen, während der Pionierverbrecher das hinterzogene Geld entweder für seine eigene aufwendige Lebenshaltung verbrauche oder es wieder im wirtschaftlichen Wettbewerb einsetze zur Unterbietung der Konkurrenz, wobei besonders im letzten Fall vom Standpunkt der Allgemeinheit aus die Schädlichkeit des Täters am größten sei. Während bei dem ersten Typ des Bereicherungsverbrechers die Ausscheidung dieser asozialen Täter durch empfindliche Gefängnisstrafen angebracht sei, müsse bei der zweiten Gruppe zusätzlich eine hohe Geldstrafe verhängt werden, um den Gewinn, der durch die Verdrängung der Konkurrenz entstanden sei, zunichte zu machen.

Sauer, dessen Einteilung in Nutzdelikte, Angriffs- und Schwächedelikte oben besprochen wurde, hat auch noch eine andere Typisierung entwickelt.⁴⁾ Seine Persönlichkeitstypen bauen auf der Grund-

1) Exner, Kriminalbiologie, S. 289f;

2) Ähnlich Aschaffenburg, Das Verbrechen und seine Bekämpfung, 1923, S. 227ff: Zufalls-, Affekts-, Gelegenheits-, Vorbedachts-, Rückfalls-, Gewohnheits- und Berufsverbrecher.
s. a. Dreher, Strafe, S. 85; Hellmer ZStW 73, 451ff (Konfliktstäter, Hangtäter, Berufsverbrecher); Jagusch LK § 20a/ II 1 a (Gewohnheitsverbrecher, Zufalls- und Konfliktsverbrecher).

3) Terstegen S. 135ff;

4) Sauer, Kriminologie, S. 298ff und Tafel 6 S. 56; Sauer AT S. 41 und Tafel 40;

lage der akuten Kriminalität (Einmaligkeitstypen) und der chronischen Kriminalität (Mehrmaligkeitstypen) auf, die mit der Einteilung M e z g e r s in Situationsverbrecher und Charakterverbrecher verwandt ist.¹⁾ Bei der akuten Kriminalität erscheine die Tat als einmalige Entgleisung, die plötzlich und unvermittelt auftrete, um alsbald im Leben des Täters wieder zu verschwinden, während für die chronische Kriminalität eine Neigung oder ein Hang zur Begehung von Verbrechen charakteristisch sei. Nach dem Maß der Beteiligung des freien Willensentschlusses einerseits und der Umwelt- und Anlageeinflüsse andererseits ergebe sich bei der akuten Kriminalität eine Aufspaltung in Zufalls-, Affekt-, Gelegenheits- und Vorbehaltstäter. Bei der chronischen Kriminalität führe dies zu einer Differenzierung in gleichartigen und artverwandten Rückfall, in gewohnheitsmäßige, gewerbsmäßige und schließlich berufsmäßige Begehung von Verbrechen.

Der Vorzug dieser sehr differenzierten Gliederung liegt in der Abwägung, ob bei den einzelnen Typen mehr die eigene, selbständige Entscheidung des freien Willens überwiegt oder ob mehr Eigenschaften und Strebungen am Werk sind, die auf Anlage- oder "zwingenden" Umwelt-Einflüssen beruhen. Im Gegensatz zu der Einteilung M e z g e r s wird hier also entscheidend auf ätiologische Gesichtspunkte Wert gelegt, die so ausgewählt sind, daß sie eine Abstufung nach dem Schuldgrad des Täters ermöglichen. Wenn daher beispielsweise bei den Affektdelikten die Umwelteinflüsse und hauptsächlich der selbständige freie Wille zugunsten einer starken Beteiligung der Anlageeinflüsse zurücktreten sollen, während bei den Gelegenheitsdelikten der freie Wille stärker in den Vordergrund rücke, der schließlich bei dem artverwandten Rückfall oder der gewerbsmäßigen Begehung eines Delikts als besonders schöpferisch und vielseitig hervor-

1) Vgl. Sauer JR 51, 695f.

trete, so können damit Anhaltspunkte für die Abstufung der Strafwürdigkeit in einem Schuldstrafrecht gegeben und dem Richter gezeigt werden, wann im Einzelfall die Reaktion des Staates in Richtung auf die Maßregeln überzugehen hat.

III. Die Notwendigkeit der Bildung denkbarer Fallgestaltungen bei den einzelnen Tatbeständen.

Unabhängig davon, ob man der Typenbildung *M e z - g e r s* oder den Persönlichkeitstypen *S a u e r s* den Vorzug gibt, wird man von ihrer Auswirkung auf die Strafzumessung nicht allzu viel erwarten dürfen, da sie keine sehr feine Differenzierung für die zu verhängende Strafe gestatten.¹⁾ Mag es dem Richter auch gelingen, einen Angeklagten anhand der für die einzelnen Typen herausgearbeiteten Merkmale in einen dieser Typen gedanklich einzureihen und damit einen Anhaltspunkt für das Maß seiner Strafwürdigkeit zu finden, so kann es sich doch nur um eine grobe Abstufung handeln. Denn mit der - dem Richter gewiß nicht unbekannten - Erkenntnis, daß etwa der Gelegenheitstäter weniger strafwürdig sei als der Neigungsverbrecher, ist noch nichts darüber ausgesagt, wie hoch die Strafe bei den einzelnen Gelegenheitstätern auszufallen habe und wie weit sie von der des Neigungsverbrechers entfernt sein müsse. Insbesondere wird nicht bedacht, daß etwa im Hinblick auf den Umfang des verletzten Rechtsguts auch ein Sachverhalt vorliegen kann, der im Einzelfall sogar eine höhere Strafe für den im allgemeinen als weniger strafwürdig einzustufenden Typ rechtfertigt. Daher muß diese mehr generalisierende Querschnittsbetrachtung ergänzt werden durch eine Unter-

1) Auch Hülle DRiZ 51,35 spricht nur von "groben Erkenntnispunkten".

suchung der möglichen Fallgestaltungen bei den e i n z e l -
n e n T a t b e s t ä n d e n .¹⁾ Erst eine phänomenolo-
gische Darstellung der Erscheinungsformen eines Delikts ver-
mag unter entsprechender Hervorhebung der realen Strafzu-
messungsgründe dem Richter ein plastisches Bild von der Ab-
stufung der Strafwürdigkeit innerhalb der jeweiligen Tatbe-
stände vermitteln.

Vornehmlich S c h r ö d e r²⁾ hat es unternommen,
sich an die Erörterung des vielzitierten Besonderen Teils
der Strafzumessungslehre zu wagen und bei jedem einzelnen
Tatbestand die theoretisch denkbaren, wie auch häufig vor-
kommenden Gestaltungsarten zu untersuchen, um damit inner-
halb ein und desselben Delikts Abstufungen der Strafwürdig-
keit sichtbar zu machen.

Auch bei S a u e r³⁾ finden sich Ansätze einer
Erörterung der Strafzumessung bei den jeweiligen Delikts-
tatbeständen, wenn er sich auch häufig indolge der konstan-
ten Formel "Vgl. im einzelnen die Schärfungs- und Milderungs-
gründe an der Hand einer systematischen Strafzumessungs-
lehre"⁴⁾ mit einer Verweisung auf sein in der "Allgemeinen
Strafrechtslehre" und in der "Kriminologie" entwickeltes
Strafzumessungsschema begnügt.⁵⁾ Nach dieser schematischen
Übersicht soll sich die Strafwürdigkeit des Täters nach sei-
ner moralischen Verwerflichkeit und seiner Gefährlichkeit
richten. Die moralische Verwerflichkeit oder verbrecherische
Willensrichtung bemesse sich nach der Art der Motive des
Täters, sowie nach der Intensität der verbrecherischen Ener-
gie, für die als Symptome die Verhaltensweisen vor und nach

1) Bader JZ 52, 18; Mezger, Typenproblem, S. 6; Sauer MSchrKr
1957, 109; Seelig ZStW 63, 363;

2) Vgl. jeweils den Sonderabschnitt "Strafzumessung" bei der
Kommentierung der einzelnen Tatbestände.

3) Sauer, System des Strafrechts, Besonderer Teil; s. a. Vorwort
dazu; vgl. K. Peters, Kriminalpädagogik, S. 170.

4) z. B. Sauer BT S. 225, 264, 287;

5) Sauer, Kriminologie, S. 363ff; Sauer AT § 32; s. a. schon
Sauer, Grundlagen, S. 649ff und KrimSoz S. 113ff.

der Tat, der Grad der Freiheit oder Unfreiheit des Willensentschlusses und das Maß der körperlichen und geistigen Fähigkeiten entscheidend seien. Für die zweite Komponente, die Gefährlichkeit, seien vor allem vier Gründe maßgebend, nämlich die Höhe des Schadens, die Neigung zur chronischen Kriminalität, die Haltlosigkeit des Täters und die ungünstige Beschaffenheit der Umwelt, in die der Täter nur zu gelangen brauche, um sozialgefährlich tätig zu werden.

Wenn S a u e r aber Gefährlichkeit und moralische Verwerflichkeit gleichberechtigt nebeneinander stellt und jedem Faktor offenbar die gleiche Bedeutung für die Strafwürdigkeit des Täters beimißt, so löst er damit bereits die ersten Einwände aus. Denn mit dieser Gleichstellung setzt er sich in Widerspruch zu § 60 I des Entwurfs, wonach im Sühnagedanken der primäre Strafzweck zu erblicken ist, so daß als Bemessungsgrundlage für die Strafe i n e r s t e r L i n i e die Schuld des Täters, seine "moralische Verwerflichkeit", erscheint.

Soweit die Bemessung der moralischen Verwerflichkeit selbst zur Erörterung steht, kann den Ausführungen S a u e r s beige pflichtet werden. Denn für die Bemessung der Schuldstrafe muß das Maß des verbrecherischen Willens entscheidend sein, das sich aus der Größe der zu überwindenden inneren und äußeren Widerstände, der Verzeihlichkeit des Beweggrundes, der Wertstufe des angestrebten Zieles und der Bedeutung des verletzten Rechtsgutes ergibt. Nur soweit S a u e r auf die Gefährlichkeit abstellt, kann ihm nicht ganz gefolgt werden, auch wenn er zwischen äußerer, objektiver und subjektiver Gefährlichkeit unterscheidet und nur bei erhöhter subjektiver Gefährlichkeit eine Verschärfung der Strafe bejaht, sonst aber für eine Bekämpfung durch Sicherungsmaßregeln eintritt. Denn für ihn genügt zur Bejahung der subjektiven Gefährlichkeit bereits, daß die äußere Gefährlichkeit vom schuldhaften Willen um-

faßt ist, daß sich der Täter seiner Gefährlichkeit bewußt ist. Die bloße Kenntnis der eigenen Gefährlichkeit kann aber in einem Schuldstrafrecht nicht ausreichen zur Auflösung oder Steigerung einer Strafe, da hier nur die **F ä h i g k e i t** ausschlaggebend sein kann, die pathologisch oder sonst anlagemäßig bedingte Gefährlichkeit im Zaum zu halten.

Sieht man von der Verwertung der Gefährlichkeit jedoch ab, so kann die sorgfältige Anwendung all dieser Überlegungen dem Richter im konkreten Fall das Auffinden der richtigen Strafe erleichtern. Hierbei handelt es sich aber mehr um ein vom **d o g m a t i s c h e n** Strafrecht entwickeltes Schema, weniger aber um die Verwertung kriminologischer Gedanken und Ergebnisse. Dieses strafrechtlich gewonnene Übersichtsschema über die Zumessung der Strafe kann durch die Kriminologie lediglich **e r - g ä n z t** werden, indem zu jedem einzelnen Delikt die im Leben vorkommenden Fallgestaltungen erfaßt und entsprechend dem Schema nach ihrer Strafwürdigkeit geordnet werden! Wie es bei den Fällen des Diebstahls von der Ausführungsart her gesehen etwa den Fassadenkletterer, den Taschendieb, den Warenhausdieb oder die Beischlafsdiebin gibt ¹⁾, so lassen sich z.B. bei der Abtreibung nach der Berechtigung des Motivs Abstufungen der Strafwürdigkeit feststellen, je nachdem ob die Täterin handelte, weil sie schon mehrere Kinder hatte, weil sie die Schmach einer unehelichen Geburt nicht ertragen zu können glaubte, weil sie Angst vor der Geburt hatte oder mit dem Eintritt materieller Schwierigkeiten rechnete. Diese einzelnen Fallgestaltungen eines Delikts lassen sich unter Berücksichtigung des maßgeblichen Strafzwecks des Entwurfs hinsichtlich ihrer Strafwürdigkeit verschieden einordnen, so

1) Vgl. Seelig-Bellavio S. 87, 91f.

daß der Richter eine Vergleichsmöglichkeit ¹⁾ gewinnt, die ihm hilft, den gerade vorliegenden Fall nach seiner Strafwürdigkeit entsprechend einzustufen und eine ungerechtfertigte Abweichung von der bei anderen Gerichten üblichen Strafe für eine derartige Tat zu vermeiden. Nur in diesem verhältnismäßig geringen Umfang wird daher die Kriminologie sich wirklich nutzbringend für die Strafzumessung anwenden lassen.

1) Dies betont auch v. Weber, Strafzumessung, S. 21 ff (23);
s. a. Sauer AT S. 256, 264; Sauer MSchrKr 1957, 108.

§ 6 : "Das Motiv entlastet, der Charakter belastet".

Während in den letzten Kapiteln ungelöste Fragen aus dem Bereich der realen Strafzumessungsgründe erörtert wurden, wenden wir uns nun dem Gebiet der logischen Strafzumessungsgründe zu, also der Frage, ob eine Strafzumessungstatsache im Hinblick auf den betreffenden Strafzweck als strafmildernd oder strafscharfend zu bewerten ist. Besonders umstritten ist in diesem Zusammenhang, ob gewisse Strafzumessungstatsachen stets zugunsten oder zuungunsten des Täters aussagen. Hauptsächlich für die Begriffe des "Motivs" und des "Charakters" ist diese Frage aufgetaucht, da man in dem Motiv stets einen Strafmilderungsgrund, im Charakter einen Strafschärfungsgrund sah. Das zukünftige Gesetz bekennt sich zwar nicht zu einer starren Formel in der Bewertung dieser Strafzumessungstatsachen. So heißt es in der Begründung des Entwurfs 1962: "Das Gesetz geht nicht davon aus, daß Umstände, die von außen an den Täter herantreten, regelmäßig entlastend, innere Umstände, wie Gesinnung und Wille des Täters, hingegen regelmäßig belastend wirken."¹⁾ Vielmehr wird betont, daß es Sache des Richters sei, dies nach Lage des Falles zu entscheiden.²⁾ Damit setzt sich der Entwurf 1962 in einen gewissen Gegensatz zu früheren Entwürfen. So sah § 67 Entwurf 1925 vor, daß das Gericht abzuwägen habe, inwieweit die Tat auf einer verwerflichen Gesinnung oder Willensrichtung des Täters und inwieweit sie auf Ursachen beruhe, die dem Täter nicht zum Vorwurf gereichten, da sie seinem Wesen fremd seien. Zwar weniger aus dem Wortlaut des § 67 Entwurf 1925, als vielmehr aus der amtlichen Begründung dazu geht hervor, daß man damals etwa dem Charakter stets eine strafscharfende Funktion

1) Begründung Entwurf 1962 S. 181f.

2) Begründung Entwurf 1962 S. 182.

zumaß.Denn in der Begründung wird ausgeführt,daß dann, wenn die Tat dem innersten Wesen,dem Charakter,des Betreffenden entspreche,auch die Wahrscheinlichkeit größer sei,daß er die Handlung wiederholen werde.¹⁾Denn er trage den Antrieb dazu in sich selbst,so daß ein geringfügiger Anlaß genüge,um Taten gleicher Art bei ihm auszulösen.Beruhe die Tat also auf seinem Charakter,so müsse die Strafe höher bemessen werden,da er nur so von einer Wiederholung der Handlung abgehalten werden könne.

Aber nicht allein im Entwurf 1925,sondern auch in späteren Entwürfen,etwa in § 69 E 1927 oder in § 69 E 1930, wurden der Text und die Begründung des § 67 E 1925 fast unverändert übernommen.Die Formulierung in diesen früheren Entwürfen deckt sich zwar nicht direkt mit dem von M . E . M a y e r geprägten Schlagwort,daß das Motiv entlaste,der Charakter belaste.²⁾Jedoch läßt sich die Tatsache nicht verleugnen,daß die M . E . M a y e r - Formel diese ganze Entwicklung einleitete,die schließlich zu den erwähnten Vorschriften der früheren Entwürfe führte.Bei einer Erörterung der vom Entwurf 1962 negativ beantworteten Frage, ob von außen an den Täter herantretende Umstände regelmäßig entlastend,innere Umstände hingegen stets belastend wirkten,ist daher von der M . E . M a y e r - Formel auszugehen,die mit der Gegenüberstellung von "äußeren" und "inneren" Umständen zwar nicht völlig übereinstimmt,aber in ihrer Weiterentwicklung und Abwandlung dazu geführt hat. Überdies darf nicht vergessen werden,daß der Satz vom entlastenden Motiv und belastenden Charakter trotz zahlreicher

1)Begründung zu § 67 E 1925 - Mat III 49f.

2)M.E.Mayer,Schuldhafte Handlung,S.190;M.E.Mayer AT S.497; s.a.Hälschner,Das Gemeine Deutsche Strafrecht,1881,I S. 508;v.Lilienthal ZStW 20,447f..

Gegenstimmen ¹⁾ auch heute noch ²⁾ eifrige Befürworter findet. So tritt neben Doerner ³⁾, Hall ⁴⁾ und Zweigert ⁵⁾ besonders z. Dohna ⁶⁾ für die Richtigkeit der Formel ein: "Daß der Charakter belastet und das Motiv entlastet, ist ein Grundsatz, den keine Strafzumessung je zu verleugnen vermöchte".

I. Die Formel und ihre Begründung.

M. E. Mayer geht bei seiner Formulierung "Das Motiv entlastet, der Charakter belastet" von der Überlegung aus, daß die Handlungen des Menschen und damit auch seine Straftaten auf z w e i Ursachen zurückzuführen seien,

1) Allfeld Lb AT S. 162 Anm. 6; Baumann, Grundbegriffe, S. 91; Friedrich, Motive, S. 270f; Heinitz ZStW 63, 71 und ARWP XXII S. 269ff; Hülle DRiZ 51, 35; Köhler GS 96, 159; H. Mayer AT S. 362; Maurach AT S. 664; Mezger Lb S. 275; Nagler LK (6. Aufl.) S. 159; Sauer AT S. 158; Sauer Kriminologie S. 53; Schmidhäuser, Gesinnungsmerkmale, S. 117ff; Seelig MSchrKr Psych 8, 247.

2) Früher hat bis zu seiner letzten Auflage das Lehrbuch von v. Liszt-Schmidt die M. E. Mayer-Formel vertreten; s. 26. Aufl. S. 423.

3) Kroschel-Doerner S. 117

4) Hall ZStW 70, 46

5) Radbruch-Zweigert S. 117 Anm. 26.

6) z. Dohna ZStW 66, 514.

nämlich auf die Motive und zum anderen auf den Charakter des Handelnden. Die M o t i v e bezeichnet er als Vorstellungen, die auf den Willen einwirkten, der wiederum seinerseits die Handlung veranlasse.¹⁾ Da die Vorstellungen auf einem von außen empfangenen Eindruck, auf einem "äußeren Ding" beruhen sollen, ergebe sich folgende Kette: Äußeres Ding (das auf die Vorstellung wirkt) - Vorstellung (die auf den Willen wirkt) - Wille (der die Handlung herbeiführt) - Tat. Letztlich deckt sich der Begriff des Motivs als der auf den Willen wirkenden Vorstellung - etwa Eifersucht, Haß oder Furcht - mit dem Begriff des Beweggrundes als der Vorstellung, die den Verbrecher zur Tat bestimmt.²⁾

Unter dem C h a r a k t e r als dem zweiten für die Tat ursächlichen Moment versteht M . E . M a y e r den bei dem einzelnen Menschen vorhandenen Komplex festgewordener Motive oder - besser gesagt - die spezifische Reaktionsweise des Individuums.³⁾ Den wechselnden Motiven, die auf den Menschen einstürzten, stünden die beharrlichen Eigenschaften der Person gegenüber, die sich aus Vererbung, Erziehung oder Erfahrung entwickelt hätten. Der Ausgangspunkt M . E . M a y e r s , daß der Charakter für die Tat ebenfalls kausal sei, ist gewiß richtig, da eine bestimmte Vorstellung nicht bei jedem Menschen die gleiche Handlung hervorbringt, somit nicht stets zur Tat führt. Nicht alle

1) M.E.Mayer, Schuldhafte Handlung, S. 40ff; M.E.Mayer Lb AT S. 104;

2) Hafter AT S. 353; Jagusch LK B IV b vor § 13; Mezger Lb S. 274; Schmidhäuser, Gesinnungsmerkmale, S. 227ff; Seelig ZStW 66, 286; über die Bedeutung der Motive auch: Sturm MSchrKrPsych 11, 81; Sturm ZStW 34, 67ff;

3) M.E.Mayer, Schuldhafte Handlung, S. 49; M.E.Mayer Lb AT S. 104ff; s.a. Hardwig ZStW 68, 15; Kroschel-Doerner S. 117; Mezger Lb S. 279 m. Nachw.;

Ehemänner etwa reagieren auf den Seitensprung ihrer Frau auf die gleiche Weise. Denn obwohl das äußere Ereignis, der Ehebruch, und der Beweggrund, die Eifersucht, gleich sind, reicht die Skala ihrer Antworten entsprechend ihrer Wesensart von der stillen Resignation oder dem Scheidungsbegehren über die Beschimpfung oder Körperverletzung bis zur Tötung des Nebenbuhlers oder auch der Ehefrau.

M . E . M a y e r findet nun den Weg zu seiner Formel dadurch, daß er das Vorliegen einer b e s t i m m t e n R e l a t i o n zwischen den Motiven und dem Charakter behauptet. So entspreche einem starken Motiv ein schwacher Anteil des Charakters am Zustandekommen der jeweiligen Tat, bzw. es könne umgekehrt nur bei einem starken Anteil des Charakters zum Verbrechen kommen, wenn lediglich ein schwaches Motiv vorhanden sei.¹⁾ So genüge bei einem wiederholt Rückfälligen, dem fast schon ein Hang zum Diebstahl innewohne, bereits die kleinste Versuchung, um ihn von neuem zur Tat schreiten zu lassen. Andererseits bedürfe es bei einem gegen derartige Angriffe gefeiten Charakter schon eines überaus starken Motivs, um den Widerstand des Charakters zu überwinden. So liege einmal ein stärkeres Motiv und folglich eine geringere Schuld vor, während im ersten Fall die Schuld wegen des schwächeren Motivs schwerer wiege. Da Motiv und Charakter aber in Wechselbeziehung stünden und einem stärkeren Motiv ein schwächerer Charakter, einem schwächeren Motiv ein stärkerer Charakter entsprechen müsse, ehe es zur Tat komme, sei der Satz gerechtfertigt, daß das Motiv entlaste, der Charakter hingegen stets belaste.

Die Richtigkeit der so entwickelten Formel zeige sich deutlich bei ihrer praktischen Anwendung auf den Ge-

1) M. E. Mayer, Schuldhafte Handlung, S. 188f; M. E. Mayer Lb AT S. 497;

legenheitstäter und den Gewohnheitsverbrecher,¹⁾ da das mit der Formel gewonnene Ergebnis völlig mit den sonst mehr intuitiv für diese Täter ausgeworfenen Strafen übereinstimme. Der durch überwiegend äußere Einflüsse zur Tat veranlaßte Augenblicks- oder Gelegenheitstäter werde zu Recht geringer bestraft, da sein Delikt maßgebend in den Motiven seine Erklärung finde. Der Zustands- oder Gewohnheitsverbrecher hingegen werde härter angefaßt, weil seine Taten überwiegend auf seinem Charakter, auf seiner tiefgewurzelten Anlage, beruhten.

II. Einwendungen gegen die Formel.

1. Keine starre Relation zwischen dem Intensitätsgrad des Motivs und des Charakters.

Bedenken gegen die M. E. M a y e r - Formel setzen bereits an einem ihrer wesentlichen Angelpunkte ein. Das ganze Dogma des "Motiv entlastet, Charakter belastet" basiert auf der angenommenen starren Relation zwischen den Motiven und dem Charakter: Einem geringfügigen Motiv entspreche stets eine starke Beteiligung des Charakters bei der Entstehung der Tat, bzw. ein starkes Motiv sei immer mit einem schwachen Charakter verbunden. Dabei wird aber übersehen, daß logisch auch Fallgestaltungen denkbar sind, bei denen ein starkes Motiv mit einem starken Charakter oder ein schwaches Motiv mit einem schwachen Charakter zusammenfallen kann. Der hintergangene Ehemann, der zur Waffe greift, braucht nicht stets ein sonst ruhiger und besonnener Mensch zu sein, sondern kann auch sonst zu jähren Affekthandlungen neigen; ebenso kann die Mutter, die für ihr hungerndes Kind

1) M. E. Mayer, Schuldhafte Handlung, S. 190ff;

stiehlt, eine wiederholt vorbestrafte Warenhausdiebin sein. Ein starkes Motiv mag zwar nötig sein, um bei einem sonst jeder strafbaren Handlung ablehnend gegenüberstehenden Menschen die Tat auszulösen; andererseits geht es jedoch nicht an, einem zu einer bestimmten Reaktion neigenden Täter v o n v o r n h e r e i n jede Stärke des Motivs abzusprechen.

Zwar besteht, wie wir oben schon angedeutet haben, eine Anteilnahme des Motivs und des Charakters an dem Zustandekommen der Handlung, jedoch darf nicht blindlings von einer schwachen Beteiligung des Charakters auf eine starke Beteiligung des Motivs bzw. umgekehrt geschlossen werden. Denn dies hieße, nur aus dem innersubjektiven Sein des Menschen auf die Stärke der Beweggründe zu schließen, die doch eines Ereignisses in der Außenwelt bedürfen, um überhaupt wirksam werden zu können. Dieses äußere Ereignis kann von derart elementarer Wucht sein, daß es auch bei verschiedenen Charakteren zu gleich mächtigen Beweggründen führt. L e d i g l i c h vom Charakter her kann also kein sicherer Rückschluß auf die Stärke des Motivs gezogen werden. Die Intensität des Motivs wird maßgebend auch beeinflusst von dem Geschehen in der Außenwelt, das ja erst die auf den Willen wirkende Vorstellung im Menschen auslöst: So erfahren wir mit der bloßen Kenntnis, daß ein aus Feigheit flüchtender Soldat von Natur aus furchtsam ist, noch nicht unbedingt etwas von der Stärke des Beweggrundes. Zwar liegt es nahe, daß bei seiner ängstlichen Natur schon ein äußerst schwaches Motiv ihn zu seiner Handlung veranlaßt hat. Jedoch braucht dies nicht der Fall zu sein, da ebenso ein Anlaß vorgelegen haben kann, der auch bei dem Tapfersten eine äußerst starke, zur Tat hindrängende Vorstellung ausgelöst hätte.

Ebenso ist es nicht ausgeschlossen, daß ein schwaches Motiv mit einer schwachen Beteiligung des Charakters zu-

sammenfällt. Denkbare ist es daher, daß ein Kassierer, der über Jahrzehnte hinweg hohe Geldbeträge völlig korrekt verwaltet und abgeliefert hat, kurz vor dem Ende eines Monats einmal - vielleicht mit dem Willen, den Betrag alsbald wieder zu ersetzen - 50.-DM entnimmt, nur weil sein Taschengeld bereits aufgebraucht ist. Auch wenn eine derartige Handlung nicht seine spezifische Reaktionsweise darstellt, so kann aus der schwachen Beteiligung des Charakters nicht mit unbedingter Sicherheit auf eine erhebliche Stärke des Motivs geschlossen werden. Die Tat kann aus einer unüberlegten, leichtsinnigen Handlungsweise heraus entstanden sein, ohne daß der Täter selbst das Motiv unbedingt drängend oder zwingend empfunden haben muß.

Auch das Gesetz selbst zeigt, daß gewisse Ereignisse bei den Menschen Motive auslösen können, deren Stärke oder Schwäche nicht von einem entsprechenden Intensitätsgrad des Charakters abhängig sein muß. So greift die Strafzumessungsregel des § 213 StGB ein, wenn der Totschläger ohne eigene Schuld durch eine ihm zugefügte Mißhandlung oder Beleidigung von dem Getöteten zum Zorn gereizt und hierdurch auf der Stelle zur Tat hingerissen wurde. Entscheidend ist dabei nur, daß das starke Motiv, der hochgradige Affekt, wirklich vorgelegen hat. Daß dies aber nur bei einem sonst ruhigen und besonnenen Menschen, nicht jedoch bei einem seinem Charakter nach leicht zum Jähzorn neigenden Täter der Fall sein kann, erwähnt das Gesetz gerade nicht. Ebenso kommen dem Gelegenheitstäter wie dem Gewohnheitsverbrecher die §§ 248a, 264a StGB zugute, solange nur jeder aus Not gehandelt hat; eine entsprechende Relation zum Charakter des Täters braucht dagegen nicht vorzuliegen.

2. Motiv und Charakter sind kein Gegensatzpaar.

Der Formel "Das Motiv entlastet, der Charakter belastet" wohnt ferner noch eine entscheidende Inkonsistenz inne. Wenn der Charakter als die Summe der festgewordenen Mo-

tive bezeichnet wird und wenn man die Motive als die auf den Willen wirkenden und die Tat schließlich auslösenden Vorstellungen ansieht, die bei einem äußeren Anlaß aufgrund des spezifischen Charakterzuges des einzelnen Menschen sich entwickeln, so stehen Charakter und Motive nicht in einer derart engen Verbindung, daß aus ihnen nicht - wie es in der Formel geschieht - ein Gegensatzpaar gebildet werden kann.

Auf diesen Gesichtspunkt haben schon M e z g e r ¹⁾ und H e i n i t z ²⁾ hingewiesen, wobei letzterer den zutreffenden Satz prägte: "Motive und Charakter bedingen sich gegenseitig". Besonders sorgfältig ist dieser Frage aber S c h m i d h ä u s e r in seiner Monographie über die Gesinnungsmerkmale nachgegangen. Auch S c h m i d h ä u s e r kommt zu dem Ergebnis: "Welche Art des Erlebens einen Menschen zum Handeln bewegt und wie er handelt, gerade darin sehen wir eben - das Verstandene auf die Beständigkeit der Person beziehend - den Charakter, und den so gesehenen Charakter finden wir in der beständigen Weise des Reagierens "bestätigt" oder in neuartigem Handeln neu sich zeigend." ³⁾ Diese Ansicht ist auch richtig, wie sich aus folgendem ergibt:

Wir haben es zwar abgelehnt, eine starre Relation hinsichtlich des Intensitätsgrades von Charakter und Motiv zur Regel zu erheben. Denn der Rückschluß vom starken Charakter auf ein schwaches Motiv ist nicht immer zwingend; vielmehr kann ein starkes äußeres Ereignis bei Menschen mit den verschiedensten Charaktereigenschaften die unbedingte, drängende Vorstellung auslösen, in einer bestimmten Weise

1) Mezger Lb S. 275 Anm. 13;

2) Heinitz ZStW 63, 71;

3) Schmidhäuser, Gesinnungsmerkmale, S. 120;

handeln zu müssen. Damit wird aber nur die mit der Formel behauptete *g e n e r e l l e* Beziehung zwischen der *S t ä r k e* und der *S c h w ä c h e* von Motiv und Charakter widerlegt, nicht aber umgekehrt *j e d e* Verbindung zwischen dem Charakter und dem Motiv ausgeschlossen. Denn daß dem Charakter bei der Entstehung einer Tat ein erheblicher Anteil zukommt, läßt sich schon deshalb nicht leugnen, weil verschiedene Menschen auf einen bestimmten Anreiz hin auch verschieden reagieren. Entsprechend ihrem Charakter mag bei dem einen ein Beweggrund - etwa Haß oder Eifersucht - entstehen, der die Tat auslöst, während der andere auf den äußeren Anlaß hin in seinen Gefühlsvorstellungen vollkommen indifferent bleibt. Wenn also die äußeren Reize häufig erst infolge der besonderen Eigenart des Täters zu einem Motiv führen, das Motiv folglich von dem Charakter abhängig ist, können Motive und Charakter nicht als gegenpolige Kräfte gegenübergestellt werden. Eine Strafzumessungsregel könnte höchstens dann als brauchbar in Betracht kommen, wenn sie zwei voneinander *u n a b h ä n - g i g e* Merkmale enthielte, so daß je nach dem Gewicht ihres Vorliegens im konkreten Fall das Pendel nach einer milderer oder höheren Strafe ausschlagen würde. Lediglich eine Scheinformel und eine überflüssige Verwendung von zwei Begriffen liegt aber vor, wenn man Merkmale auswählt, von denen das eine sich nicht selbständig entfalten kann, sondern in seiner Entstehung durch das andere bedingt ist.

3. Gleiche Stärke, aber verschiedene Berechtigung des Motivs.

Außerdem muß man sich vor Augen halten, daß allein die Stärke oder die Schwäche des Motivs noch nichts über das Maß der Pflichtwidrigkeit aussagen kann. Die Mutter, die ihre Frucht abtreibt, weil sie das Leben als eine Qual betrachtet, die man jedem ersparen sollte, fühlt sich möglicherweise mit der gleichen Intensität und Gewalt zur Tat hinge-

drängt wie die Mutter, die bereits sieben Kinder geboren hat und nicht weiß, wie sie das achte ernähren soll. Oder es kann bei der Mutter, die aus Gewinnsucht das Zusammensein ihrer Tochter mit einem Liebhaber fördert, die Gier nach dem Geld und damit der Drang zur Tat mindestens ebenso dominant sein, wie bei den Eltern, die den Bräutigam der Tochter in der Hoffnung übernachten lassen, es werde auf diese Weise vielleicht frühzeitiger zu einer Eheschließung kommen. Wenn auch der eine Täter es angenehm und der andere es als schmerzlich empfinden mag, zur Tat gedrängt zu werden, so ändert dies nichts an der jeweils gleichen Intensität des Zwanges, den jeder empfinden und der in jedem die Vorstellung erwecken kann, er müsse einfach so handeln.¹⁾

Die auf den Willen wirkende und die Tat auslösende Vorstellung mag damit gleich stark sein, trotzdem kann sie jedoch eine u n t e r s c h i e d l i c h e Bestrafung notwendig machen. Der Grund liegt darin, daß wir einmal das Motiv als besonders verwerflich ansehen, das andere Mal es als mehr oder weniger verzeihlich betrachten und dementsprechend eine größere oder geringere Schuld bejahen.²⁾ Man muß aber M . E . M a y e r zugute halten, daß er diesen Aspekt nicht übersehen hat. Er scheidet - vom Wort her vielleicht etwas ungünstig - zwischen den berechtigten und den unberechtigten Motiven und hebt hervor, daß die Pflichtwidrigkeit und damit die Schuldhaftigkeit der Handlung umso geringer sei, je mehr Berechtigung den Motiven der Tat zukomme. Bei der Bestimmung des Schuldgrades sei auch die Berechtigung der Gefühlsstärke von maßgebender Bedeutung, so daß beide Beurteilungen - Stärke und Berechtigung des Motivs - stets zusammen vorgenommen

1) Baumann AT 622; Der leidenschaftliche Sammler kann ebenso wenig wie der aus Gewinnsucht handelnde Dieb nicht widerstehen; H. Mayer AT 362; Schmidhäuser, Gesinnungsmerkmale, S. 121;

2) Hafter AT S. 353; Heinitz ZStW 63, 71; Jagusch LK B IV b vor § 13; Maurer S. 40ff; Schröder 50 vor § 13;

werden müßten.¹⁾

Leider gehen diese differenzierteren, wenn auch selbstverständlichen Überlegungen in dem Schlagwort "Das Motiv entlastet, der Charakter belastet" unter. Die Formelhaftigkeit jenes Satzes, sowie das Dogma, daß einem starken Charakter ein schwaches Motiv bzw. einem schwachen Charakter ein starkes Motiv entsprechen müsse, erwecken den Anschein, als sei für die Strafzumessung lediglich die Stärke des Motivs entscheidend.

4. Unvollkommene Feststellung des Charakters.

Das oben erwähnte Beispiel des früher stets ehrlich gewesenen Kassierers führt im übrigen zu einem weiteren Problem hin. Wenn wir unter dem Charakter die typische Reaktionsweise des Individuums²⁾ und damit das Phänomen verstehen, daß verschiedene Menschen auf ein und dasselbe Motiv verschieden reagieren, so offenbart sich uns der Charakter erst durch die Verhaltensweisen der betreffenden Person. Der Charakter als solcher ist daher unserem Bewußtsein nicht direkt zugänglich, sondern nur auf dem Umweg über die Taten, in denen er Gestalt annimmt. In den Äußerungen der Person identifiziert sich der Charakter aber nicht restlos. Wer jahrelang den Gesetzen gemäß gelebt hat, scheint zwar seinem Charakter nach ein sittlich gefestigter Mensch zu sein, der auf Tatanreize offenbar negativ reagiert. Denkbar ist hingegen auch, daß der Betreffende nach seinem Charakter schon stets tatgeneigt war und die Strafflosigkeit nur

1) M.E. Mayer, Schuldhafte Handlung, S. 186, 193; M.E. Mayer Lb AT S. 496, 498;

2) Mezger, Persönlichkeit und strafrechtliche Zurechnung, S. 26; Mezger, Schuld und Persönlichkeit, S. 19ff; Mezger Lb S. 278f;

auf das Fehlen einer günstigen Gelegenheit oder auf ein anderes Hemmnis zurückzuführen war. Die Handlungen und Äußerungen einer Person sind daher nur ein unvollkommenes Mittel zur Feststellung des für die M. E. M a y e r - Formel erheblichen Charakters. Wenn damit schon grundsätzlich die Möglichkeit, den Charakter zu erkennen, eingeschränkt ist, so hat mit diesen Schwierigkeiten der Richter in besonderem Maße zu kämpfen.¹⁾ Die kurze Zeit der Verhandlung gestattet ihm in der Regel nur eine pauschale Feststellung etwaiger Vorstrafen, so daß es ihm schon mangels Kenntnis der sonstigen Reaktionen des Angeklagten schwerlich gelingen wird, ein hinreichend sicheres Bild von dem Charakter des Täters zu gewinnen.

Hinzu kommt noch, daß der Charakter zwar die gewöhnliche und verhältnismäßig konstante Reaktionsweise des Individuums darstellt, jedoch keine endgültig unabänderliche und unverrückbare Größe ist. Zu Recht werden daher unter dem Charakter nur die "relativ beharrlichen Eigenschaften, die der Mensch dem Leben darbringt" verstanden. Wie der Charakter sich langsam aus dem Zusammenschmelzen verschiedener Komponenten geformt hat, so ist er auch im weiteren Leben des Menschen einem steten Wandlungsprozeß unterworfen. Der Versuch, den Charakter aus einem früheren Verhalten, aus längst vergangenen Taten zu erforschen, kann daher fehlschlagen, da bis zum Zeitpunkt der Begehung der Straftat ein Wandel im Charakter des Angeklagten eingetreten sein kann.

5. Spezialpräventive Auswirkungen der Formel.

Der Charakter stellt sich im übrigen als eine Eigenschaft des Menschen dar, die sich aus der Verschmelzung von

¹⁾ H. Mayer AT S. 362; selbst M. E. Mayer, Schuldhafte Handlung, S. 49, spricht vom Charakter als der großen Unbekannten.

Erbanlagen, Erfahrung, Erziehung, schuldlos aufgenommener Umwelteinflüsse und eigenem Formen an sich selbst ergeben hat. Bei der Gestaltung des Charakters hat zwar der Mensch selbst mit seinem eigenen willensmäßigen Verhalten mitgewirkt, aber ebenso auch anlage- und milieubedingte Kräfte, für die er "nichts kann", so daß uns hier ebenfalls die Unmöglichkeit der Trennung dieser Komponenten entgegentritt.

In diesem Zusammenhang wird es verständlich, weshalb die unumschränkte Anwendung des Satzes "Das Motiv entlastet, der Charakter belastet" auf manchen Gebieten zu einem reinen Sicherungs- und Besserungsstrafrecht führen würde.¹⁾ So erkennt auch B a u m a n n²⁾ an: "Unter spezialpräventiven Gesichtspunkten ist die Formel M . E . M a y e r s ... zu sehen". Ebenso hebt M a u r a c h³⁾ hervor, daß die Formel zwangsweise zu einem entscheidenden Übergewicht der Prävention gegenüber der Vergeltung führe. Besonders eindringlich kommt dies ferner in der Begründung des Entwurfs 1925 zum Ausdruck, wenn auch § 67 E 1925 nur eine Abwandlung der M . E . M a y e r - Formel, wie sich später zeigen wird, wiedergibt: "...so ergibt sich, daß die psychische Einwirkung, die von der Strafe ausgehen und den Täter von der Wiederholung der Handlung abhalten soll (!), umso stärker sein, daß mit anderen Worten die Strafe umso höher bemessen werden muß, je mehr die Tat auf einer verwerflichen Gesinnung oder Willensneigung des Täters beruht..."⁴⁾ Diese Gefahr einer präventiv ausgerichteten Strafzumessung bei einer konsequenten Anwendung der M . E . M a y e r - Formel besteht auch tatsächlich: So können etwa bei den Entwicklungstaten eines bestimmten Lebensabschnittes die an sich vorhandenen Hemmungen des Täters durch den maßgebenden Einfluß eines körperlich - seelischen Entwicklungszustandes zunichte ge-

1) Hülle DRiZ 51, 35, 38;

Sauer (AT S. 41, 158 und Kriminologie S. 53) differenziert deshalb nach den einzelnen Typen.

2) Baumann AT S. 662.

3) Maurach AT S. 664.

4) Mat III S. 50.

macht werden. Auch bei reinen Charaktertaten steht weniger die eigene willensmäßige Entscheidung zum Verbrechen im Vordergrund als die vielfach schuldlos erworbene charakterliche Anlage, der der Täter im Einzelfall nicht mehr widerstehen kann. Da in diesen Fällen das Gewicht der zu überwindenden inneren Widerstände denkbar gering ist, da die Anlage, mit der der Verbrecher schuldlos belastet ist, mit Gewalt zur Tat hindrängt und somit von ihm Abwehrkräfte verlangt, die aufzubringen er nicht imstande ist, kann seine Schuld nicht hoch bewertet werden.¹⁾ Würde demnach wegen des "belastenden Charakters" eine erhöhte Strafe verhängt werden, so ließe sie sich nicht unter Schuldgesichtspunkten halten, sondern könnte nur als Erziehungsstrafe aufgefaßt werden, mit der die verderbliche Anlage oder das ungünstige Entwicklungsstadium behandelt und für die Zukunft jeder Wirkung beraubt werden soll.²⁾

III. Abwandlungen der M . E . M a y e r - Formel.

1. "Das Motiv belastet, der Charakter entlastet".

In dem Bestreben, dem Schuldstrafrecht gerecht zu werden, wenn es dem Täter aufgrund von nicht vorwerfbaren Anlage- oder Wandlungskräften schwerer fallen sollte, das Verbrechen zu vermeiden, wandelte man verschiedentlich die M . E . M a y e r - Formel dahin ab, daß das "Motiv belasten, der Charakter entlasten" solle.³⁾ Sofern man damit eine

1) H. Mayer AT S. 362; s. a. Seelig MSchrKrPsych 18, 247;

2) s. a. Nagler LK (6.) Einleitung S. 159; Nagler GS 94, 87;

3) Hülle DRiZ 51, 35f; Kohlrausch, Sollen und Können, S. 14, 31;
vgl. auch Sauer, Kriminologie, S. 53;

allgemein gültige Formel entdeckt zu haben hoffte, ist man dem Vorwurf ausgesetzt, wie bei der ursprünglichen Formel - nur mit entgegengesetzten Vorzeichen - eine kleine und so- wieso unproblematische Gruppe von Taten zu erfassen. Denn bei vielen vorbedachten und planmäßig ausgeführten Delikten oder besonders bei gewerbsmäßig begangenen Taten werden Umwelt-, Entwicklungs- und auch unverschuldete Anlageein- flüsse häufig zugunsten einer zielstrebigen eigenen freien Willensentscheidung zurücktreten. Wenn die verbrecherischen Eigenschaften und Strebungen aber nicht anlagemäßig bedingt sind, sondern als Erzeugnisse des selbständigen, wiederholt betätigten, freien Willens des Täters erkannt werden, so kann dem eine erhebliche verbrecherische Energie ausstrahlenden Charakter des Handelnden keine entlastende Funktion zuer- kannt werden.

Dieser Fehler ließe sich vermeiden, wenn man kon- sequent bei der Anwendung der Formel differenzieren würde: "Der Charakter entlastet, das Motiv belastet", sofern starke unverschuldete Anlagekräfte zur Tat hindrängen und es dem betreffenden Täter schwerer machen, die Tat zu vermeiden. Dagegen "Der Charakter belastet, das Motiv entlastet", sofern die Tat Ausdruck des selbstverantwortlichen, freien und in der Persönlichkeit verankerten Willens ist. Irgendein Gewinn wird damit jedoch nicht erzielt, da die eigentliche Schwierigkeit in solchen Fällen, die Herauskristallisierung der Komponenten, für die der Täter "nichts kann", ungelöst bleibt. Hinzu kommen noch alle oben erörterten Bedenken, die nicht nur gegen die Richtigkeit der Formel in ihrer ursprünglichen, sondern auch in ihrer abgewandelten Fassung sprechen.

2. "Äußere Umstände entlasten, der Charakter belastet."

Eine weitere Änderung der M . E . M a y e r - For- mel wurde von M e z g e r vorgeschlagen.¹⁾ Dies geschah

1) Mezger I b S. 275 Anm. 13; dagegen schon Nagler (LK) S. 159;

hauptsächlich aus der oben dargelegten Erkenntnis heraus, daß man die Motive und den Charakter nicht als Gegensatzpaar in einer Formel gegenüberstellen konnte. Um diese unzulässige Verbindung von Motiven und Charakter zu vermeiden, schlug M e z g e r eine "berichtigte Fassung" der M . E . M a y e r - Formel vor. Dabei werden nicht die Motive als der Inbegriff der gefühlsbetonten und gewollten Vorstellungen, die den Willensakt verursachen, in einen Gegensatz zum Charakter gebracht, sondern die äußeren, zur Tat drängenden Umstände, die erst die gefühlsbetonten, die Tat schließlich auslösenden Vorstellungen hervorrufen. M e z g e r hält demnach die Formel M . E . M a y e r s dann für zutreffend, wenn sie lauten würde: "Äußere, zur Tat hindrängende Umstände entlasten, der Charakter belastet".

Jedoch läßt sich nicht derart generalisierend jedes von außen auf den Täter wirkendes Ereignis als entlastend in Rechnung stellen. Eine Notlage, eine vorangegangene Mißhandlung oder Beleidigung, die Geburt eines unehelichen Kindes, eine Verführung oder eine Gefahrenlage sind zwar Umstände, denen die Rechtsordnung eine gewisse Anerkennung nicht versagt, so daß sie mildernd ins Gewicht fallen können, wenn sie zur Tat führen. Bei wem andererseits der Anblick eines hübschen Mädchens oder einer wertvollen Juwelierausslage genügt, um ihn zur Notzucht oder zum Raub zu veranlassen, wird nicht auf Milde rechnen können, obwohl auf ihn ebenfalls äußere, zur Tat drängende Umstände mit möglicherweise ganz erheblicher Macht eingewirkt haben. Mildernd kann demnach das Vorliegen eines äußeren Umstandes nur dann wirken, wenn die Rechtsordnung eine Reaktion darauf als verständlich und verzeihlich ansieht, so daß es nicht möglich ist, durch die e i n e Formel a l l e denkbaren Fälle zu erfassen.

Auch können äußere Umstände nicht isoliert betrachtet und dem Charakter gegenübergestellt werden, da sie als solche noch nicht die Tat hervorrufen. Erst wenn der Betref-

fende sie aufgrund seiner spezifischen Charaktereigenschaften als drängend empfindet und ihnen nicht mehr widerstehen zu können glaubt, kommt es zur Tat.¹⁾ Demnach stehen nicht nur - wie oben geschildert - Motiv und Charakter in Verbindung zueinander, sondern äußere Umstände, Motive und Charakter wirken zusammen und bilden eine Einheit, so daß **k e i n e s** der Elemente einem anderen als Gegenpol gegenübergestellt werden kann.

3. Die Abwandlung durch **E n g i s c h**.

Eine weitere Abänderung der **M . E . M a y e r**-Formel hat **E n g i s c h** vorgenommen, der sowohl den Satz vom entlastenden Motiv und belastenden Charakter wie auch die "berichtigte Fassung" durch **M e z g e r** ablehnt. Nach **E n g i s c h** könne vielmehr die Formel vom belastenden Charakter und den entlastenden Motiven lediglich die Bedeutung haben, daß die Bewertung des Charakters variere, je nachdem **w e l c h e** Charaktereigenschaften die Tat erklärten, je nachdem **w a s f ü r e i n C h a r a k t e r** sich in der Tat manifestiere.²⁾ So erkläre sich beispielsweise ein Mord bei einem rückfälligen Gewaltverbrecher in seinem Hang zu Brutalitäten, bei einem eifersüchtigen Liebhaber hingegen in dem an einer besonderen Konstellation sich entzündenden Zorn. Daher müsse bei der Bemessung der Strafe berücksichtigt werden, auf **w e l c h e n** Charaktereigenschaften die Tat beruhe, wieweit diese an sich selbst tadelnswert seien und

1) s.a. Englisch ZStW 66, 357; Jagusch LK B IV b vor § 13; Schmidhäuser, Gesinnungsmerkmale, S. 120f.

2) Englisch ZStW 66, 359f.

einen besonders starken verbrecherischen Hang bekundeten, oder wieweit sie nur unter den besonderen Umständen, die selbst dem Täter nicht zum Vorwurf gereichten, die Tat verschuldet hätten.¹⁾ Wenn aber in dem von E n g i s c h angegebenen Beispiel des Totschlags durch einen rückfälligen Gewaltverbrecher und durch einen aufgrund besonderer Umstände gereizten Liebhaber verschieden hohe Strafen verhängt werden, so beruht dies nicht auf dem unterschiedlichen Wert der sich bei den einzelnen Tätern findenden Charaktereigenschaften. Vielmehr unterscheiden sich die T a t e n selbst sowohl hinsichtlich der Ziele wie hinsichtlich der zur Tat führenden Vorstellungen der Täter. Die verschiedene Verzeihlichkeit des Beweggrundes verhindert also eine gleiche Bestrafung; diese müßte aber dann eintreten, wenn auch der schon immer zu Gewalttaten neigende Rohling durch eben dieselben verständlichen Umstände zu einer Eifersuchtstat gereizt worden wäre. Im Ausgangsfall hat man jedoch überhaupt keine vergleichbaren Beispiele gegenübergestellt.

Aus allen diesen Erwägungen ergibt sich, daß die M . E . M a y e r - Formel weder in ihrer ursprünglichen Gestalt noch in einer ihrer geänderten Fassungen Bestand haben kann.

§ 7 : Die Lehre von der Persönlichkeitsadäquanz.

I . Begriff und Querverbindungen zur M . E .
M a y e r - Formel.

Nachdem mit der M . E . M a y e r - Formel und ihren verschiedenen "Berichtigungen" die ersten Versuche unternommen worden waren, unter Heranziehung des Charakters des Täters einen Maßstab für die Größe der Schuld und damit für die Höhe der Strafe aufzustellen, war man bestrebt, diesen Gedanken weiterzuentwickeln und gleichzeitig die der M . E . M a y e r - Formel anhaftenden Mängel zu beseitigen. Eine Lösung glaubte dabei M e z g e r ¹⁾ mit seiner sog. "Adäquanztheorie" gefunden zu haben. Die Überlegungen M e z g e r s fanden schon bald begeisterte Zustimmung, insbesondere bei G l e i s p a c h ²⁾, G r a ß b e r g e r ³⁾ und H e i n i t z ⁴⁾, obwohl sehr frühzeitig bereits S e e l i g ⁵⁾ in scharfsinniger Weise dagegen Stellung nahm. Auch heute überrascht es, daß trotz der deutlich ablehnenden Haltung der Mehrzahl der Strafrechtswissen-

1) Mezger Lb S. 275, 501; ZStW 49, 182; ZStW 57, 687; Mitteilungen der Kriminalbiologischen Gesellschaft, II S. 32; Festgabe für Frank I S. 532f, 536;

2) Gleispach ARWP XXI S. 204f;

3) Graßberger, Strafzumessung, S. 50ff;

4) Heinitz ARWP XXII 277 und ZStW 63, 71ff;

s. a. Allfeld Lb AT S. 161; Allfeld, Der Einfluß der Gesinnung des Verbrechers auf die Bestrafung, 1909, S. 61, 99; Lenz SchwZStrR 41, 191; v. Liszt-Schmidt S. 423; v. Liszt bei Aschrott-Liszt, Reform des Allgemeinen Teils des Strafgesetzbuchs, 1910, S. 385; Wach, Die kriminalistischen Schulen und die Strafrechtsreform, 1902, S. 21;

5) Seelig MSchrKrPsych 18, 243ff und 27, 49f;

schaftler, besonders von Engisch¹⁾, Maurach²⁾, Sauer³⁾ und Schmidhäuser⁴⁾, die Adäquanztheorie offenbar wenig von ihrer Anziehungskraft eingebüßt hat.⁵⁾

Nach der Adäquanztheorie soll sich die Größe der Schuld und somit der Strafe im Einzelfall danach bestimmen, ob sich die Handlung aus der Eigenart des Täters erklärt oder ob sie seinem Wesen fremd ist. Sollte die Tat in der spezifischen Persönlichkeit des Täters ihre Erklärung finden, seiner latenten verwerflichen Gesinnung entspringen und Ausdruck seines gesellschaftsfeindlichen Charakters sein, so müsse seine Schuld ganz erheblich veranschlagt werden. Anders hingegen, wenn die verbrecherische Handlung nicht mit seiner sonstigen Persönlichkeit in Einklang zu bringen sei und seinem ganzen Wesen fremd erscheine. Je mehr der Täter Einwirkungen unterliege, die ihn gegen seine Natur zum Verbrechen trieben, desto geringer sei seine Schuld anzusetzen. Diese Auffassung läßt sich demnach auf die Formel bringen, daß Handlungen umso schuldhafter seien, je mehr aus ihnen die Persönlichkeit des Verbrechers spreche, je mehr sie persönlichkeitsadäquat seien. Persönlichkeitsadäquate Taten würden folglich belasten, persönlichkeitsfremde hingegen entlasten.

Die Verwandtschaft mit der M. E. Mayer - Formel läßt sich dabei kaum verleugnen. Zwar wird der erste Teil der Formel, der vom "entlastenden Motiv", durch den Gedanken

1) Engisch ZStW 66, 359.

2) Maurach AT S. 664.

3) Sauer AT S. 157; ZStW 50, 692; Kriminologie S. 52; dabei geht Sauer allerdings von einer anderen Terminologie aus - vgl. AT S. 44, 47, 157, 260 und Kriminologie S. 51f.

4) Schmidhäuser, Gesinnungsmerkmale, S. 121ff;
s. a. Köhler GS 95, 440 Anm. 5; Nagler GS 94, 86;
vgl. auch Bruns, Der Verbrecher im heutigen Strafrecht, S. 21.

5) Hülle DRiZ 51, 35; Heinitz ZStW 63, 71ff; Kroschel-Doerner S. 117; H. Mayer AT S. 60; Peters, Die kriminalpolitische Stellung..., S. 76ff; Peters HWK II S. 737ff, 740;
vgl. auch Dreher, Gerechte Strafe, S. 85: Es sei entscheidend, ob der Täter aufgrund seiner Disposition oder gegen seine Disposition handle; Jagusch LK B IV 4 b vor § 13.

ersetzt, daß die Strafe umso milder sein müsse, je mehr die Tat auf Ursachen beruhe, die dem Wesen des Täters fremd seien. Damit deckt sich aber dieser Teil der Adäquanztheorie mit der von M e z g e r berichtigten Fassung der M . E . M a y e r - Formel, daß äußere, zur Tat drängende Umstände entlasten, der Charakter hingegen belasten sollen. Denn wenn man bei der Adäquanztheorie darauf abstellt, ob das Verbrechen dem Wesen des Täters entspreche oder nicht, so ist man geneigt, die Schuld als geringer zu bewerten, sobald die Tat weniger auf der Natur des Handelnden als vielmehr auf äußere Einflüsse zurückzuführen ist, die den Täter gegen seine an sich gute Disposition haben straffällig werden lassen. Daher erscheint es auch nicht verwunderlich, wenn manche Autoren - unabhängig von der Frage, ob sie der Adäquanztheorie bejahend oder ablehnend gegenüberstehen - zwischen den beiden Theorien im einzelnen offenbar keine Unterscheidung treffen, ¹⁾ auch wenn dies insofern unscharf ist, als der bloße äußere Einfluß als solcher noch nichts über die Persönlichkeitsadäquanz oder die Persönlichkeitsfremdheit der Tat auszusagen vermag. Denn der äußere Umstand, etwa eine besonders günstige Gelegenheit, erlangt nicht für sich allein, sondern erst in seinem Zusammenwirken mit der spezifischen Natur des einzelnen Täters Bedeutung, sei es daß der Mensch je nach seinem Charakter überhaupt nicht auf den Reiz anspricht, sofort der Versuchung unterliegt oder trotz heftiger innerer Kämpfe nicht zu widerstehen vermag.

Im übrigen könnte es aber den Anschein haben, als ob überhaupt keine Beziehung zwischen der Adäquanztheorie und der M . E . M a y e r - Formel bzw. deren Abwandlungen bestünde. Denn das für den zweiten Teil der M . E . M a y e r - Formel kennzeichnende Wort vom C h a r a k t e r begegnet

1) Allfeld Lb AT S. 161; Engisch ZStW 66, 357; Heinitz ZStW 63, 71; Kroschel-Doerner S. 117; Maurach AT S. 664; Sauer AT S. 260; Sauer, Kriminologie, S. 52; Seelig MSchrKrPsych 18, 244; anders hingegen Schmidhäuser, Gesinnungsmerkmale, S. 121.

uns bei der Adäquanztheorie gerade nicht. Die Adäquanztheorie hingegen arbeitet allein mit dem Begriff der Persönlichkeit. Da jeder Hinweis auf den Charakter, der sich mit der Täterpersönlichkeit nicht zu decken braucht, in dem Schlagwort von den persönlichkeitsfremden und persönlichkeitsadäquaten Taten fehlt, könnte der Eindruck entstehen, als stelle die Adäquanztheorie keine Weiterbildung der M. E. M a y e r - Formel dar. Dem ist aber nicht so, da Charakter und Persönlichkeit in diesem Zusammenhang offenbar als gleichbedeutende Begriffe verwendet werden. So spricht etwa M e z g e r ¹⁾ im Zusammenhang mit der Adäquanztheorie davon, daß durch die M. E. M a y e r - Formel bzw. ihre Abwandlung zwar eine Vertiefung der strafrechtlichen Schuldbetrachtung eingetreten, man damit aber noch nicht bis zum letzten, "zur Persönlichkeit, zum Charakter des Täters", durchgedrungen sei, was allein mit Hilfe der Adäquanztheorie geschehen könne. Auch in der Begründung zu § 67 Entwurf 1925 werden Charakter und Persönlichkeit als Synonyma gebraucht: "Jede menschliche Handlung hat mannigfache Ursachen. Alle diese Ursachen lassen sich aber in zwei große Gruppen teilen. Die einen liegen in der Denkweise und Willensrichtung des Handelnden, in seinem Charakter, die anderen außerhalb seiner Persönlichkeit.... Sie (d.h. die in § 67 einzeln aufgeführten Strafzumessungsgründe) geben über den Charakter des Täters, über seine sittliche Persönlichkeit Aufschluß..."²⁾ Aus allem ergibt sich, daß auch die Adäquanztheorie sich als eine Abwandlung der M. E. M a y e r - Formel darstellt und im wesentlichen mit dem Gedanken übereinstimmt, daß äußere Umstände entlastend, der Charakter hingegen belastend wirken.

1) Mezger Lb S. 275;

2) Begründung zu § 67 E 1925; s. Mat III S. 49f;

II. Argumente für die Adäquanztheorie.

1. Frühere Reformbestrebungen.

Eine wesentliche Stütze für die Richtigkeit der Adäquanztheorie glaubt man ¹⁾ darin gefunden zu haben, daß viele frühere Entwürfe zu einem neuen Strafgesetzbuch den Kerngedanken der Theorie enthalten. Interessant ist dabei auch, daß bereits Art. 92 BayStGB vom 6.5.1813 etwa in der gleichen Richtung liegt: "...Aus Rücksicht der Gesetzwidrigkeit des Willens steigt die Strafbarkeit...Je geringfügiger die äußeren zufälligen Veranlassungen waren, welche den Verbrecher gereizt, verleitet und verführt haben, je mehr derselbe aus eigenem inneren Antriebe die Übertretung beschlossen hat..." Besonders deutlich tritt der Gedanke der Adäquanztheorie aber in den Entwürfen 1925, 1927 und 1930 hervor. Dazu muß allerdings weniger der Text der jeweiligen Strafzumessungsbestimmung, als vielmehr die amtliche Begründung herangezogen werden. § 67 Entwurf 1925, mit dem inhaltlich auch § 69 E 1927 und § 69 E 1930 übereinstimmen ²⁾, lautet:

"Bei der Zumessung der Strafe soll das Gericht abwägen, inwieweit die Tat auf einer verwerflichen Gesinnung oder Willensneigung des Täters und inwieweit sie auf Ursachen beruht, die dem Täter nicht zum Vorwurf gereichen. ..."

In der Begründung des Entwurfs wird davon ausgegangen, daß alle menschlichen Handlungen auf zwei grundsätzlich verschiedenen Ursachengruppen beruhten. Die einen Ursachen lägen in der spezifischen Denkweise des Handelnden, in seinem Charakter, die anderen außerhalb seiner Persönlichkeit. ³⁾ Je geringer der Anteil der äußeren Einflüsse sei und je mehr

1) Gleispach ARWP XXI S. 184ff (204); Graßberger, Strafzumessung, S. 93f; Heinitz ARWP XXII S. 259ff; Mezger Lb S. 259, 277, 501; Mezger ZStW 49, 182; Mittermaier, Aus der Lehre der Zurechnungsfähigkeit, S. 42; v. Liszt-Schmidt S. 424.

2) Vgl. auch § 81 Vorentwurf 1909.

3) Begr. zu § 67 E 1925 - Mat III 49f.

der Charakter des Handelnden die Tat bestimme, desto mehr entspreche die Tat dem innersten Wesen des Betreffenden. Damit sei auch die Wahrscheinlichkeit größer, daß er die Handlung wiederholen werde, denn er trage den Antrieb dazu in sich selbst, so daß ein geringfügiger Anlaß genüge, um Taten gleicher Art bei ihm auszulösen. Wende man diese Erkenntnis auf die strafbaren Handlungen und ihre Bekämpfung an, wolle man durch die Bestrafung also den Täter von der Wiederholung der Handlung abhalten, so müsse man folglich die Strafe umso höher bemessen, je mehr die Tat auf der verwerflichen Gesinnung oder Willensrichtung des Täters beruhe. Umgekehrt könne dann die Strafe umso milder sein, je geringer der Anteil des Charakters des Täters an dem Verbrechen sei, je mehr die Tat also auf Ursachen beruhe, die dem Wesen des Täters fremd seien.

2. Das geltende Recht.

Man begnügt sich aber nicht allein mit dem Hinweis auf frühere Reformbestrebungen, die den Gedanken der Adäquanztheorie sorgfältig begründet hätten, sondern beruft sich für die Richtigkeit der Lehre von der Persönlichkeitsadäquanz auch auf das geltende Recht.¹⁾ So entfielen bei den Handlungen der Zurechnungsunfähigen deshalb Schuld und Strafe, weil bei ihnen wegen der krankhaften Störung der Geistestätigkeit die Persönlichkeit nicht zur Geltung kommen könne. Ebenso würden bei den Schuldausschließungsgründen persönlichkeitsfremde Momente, denen der Täter nicht zu widerstehen vermöge, für die Tat kausal. Da also **a l l e i n** der Zwang äußerer Umstände, dem die Rechtsordnung die Anerkennung nicht versagen könne, zur Tat führe, dürfe von einer Schuld des Täters nicht gesprochen werden. Denn die Handlung wäre ja durch den Charakter des Täters niemals ausgelöst worden, sondern sei lediglich durch täterfremde Ursachen be-

1) Heinitz ARWP XXII S. 276; Mezger Lb S. 276f;

dingt gewesen. Der Gedanke der geminderten Persönlichkeitsadäquanz und damit der geringeren Schuld lasse sich weiter verfolgen bei den Fällen der psychischen und physischen Notlage, etwa bei der Kindstötung des § 217 StGB, bei der Abtreibung durch die Schwangere gemäß § 218 I StGB, bei der Notentwendung (§ 248a StGB) und beim Notbetrug (§ 264a StGB). In allen diesen Beispielen sei die Beteiligung des Charakters des Täters an der Tat geringer als der Anteil der Umstände, die von außen auf den Handelnden einströmten und seinem Wesen fremd seien, so daß das Gesetz zu Recht für diese Fälle eine mildere Strafe vorsehe. Aber auch dann wenn der Einfluß des psychischen Druckes noch weiter herabgesetzt sei, etwa beim Totschlag nach vorangegangener schwerer Beleidigung oder bei der alsbaldigen "Wiedervergeltung" einer Beleidigung oder Körperverletzung, habe man mit den mildernden Strafdrohungen der §§ 213, 199, 233 StGB dem in der Adäquanztheorie zum Ausdruck gebrachten Grundgedanken Rechnung getragen. Selbst manche von der Rechtsprechung entwickelten Grundsätze der Strafzumessung, so die strafmildernde Berücksichtigung des Umstandes, daß der Täter durch eine günstige Gelegenheit zu der Tat verlockt oder daß er von einem anderen zum Verbrechen aufgefordert worden ist, lägen in derselben Richtung, da hier ebenfalls die Natur des Täters in geringerem Umfang als sonst an dem Zustandekommen der Tat beteiligt gewesen sei.

III. Einwendungen gegen die Adäquanztheorie.

1. Jede Handlung ist persönlichkeitsadäquat.

Da wir festgestellt haben, daß die Adäquanztheorie aus der M. E. M a y e r - Formel bzw. deren Abwandlungen hervorgegangen ist, treffen auf sie in demselben Umfang, in dem sie noch das Gedankengut der M. E. M a y e r - Formel enthält, die gleichen Bedenken zu, wie sie gegen die Formel vom entlastenden Motiv und belastendem Charakter erhoben werden können. Auf jene oben näher erörterten Einwände ¹⁾ sei da-

1) s. o. S.

her an dieser Stelle nur verwiesen. Daneben sind aber noch speziell gegen die Adäquanztheorie Bedenken geltend zu machen. Zunächst trifft der Angelpunkt der Theorie, nämlich die Gegenüberstellung von persönlichkeitsfremden und persönlichkeitsadäquaten Taten, nicht zu. Wenn man mit der Adäquanztheorie davon ausgeht, daß unter der Persönlichkeit die Summe aller Dispositionen zu verstehen ist, die sich innerhalb eines größeren Zeitraumes beständig geäußert haben, wenn die Persönlichkeit somit als die konstante Reaktionsweise eines Individuums gegenüber äußeren Erlebnisreizen aufzufassen ist, so kann es logisch keine persönlichkeitsfremde Taten geben. Denn alle äußeren Einflüsse können nur insofern Bedeutung erlangen und einen Anstoß für die Begehung der Tat geben, als der Charakter überhaupt diesen Umsetzungsprozeß zuläßt! So mag die eine Mutter schon wegen etwa zu erwartender finanzieller Schwierigkeiten ihr Neugeborenes töten, die andere wird diesen Schritt nur tun, weil das Kind mit körperlichen Schäden zur Welt gekommen ist, während die dritte sich durch n i c h t s davon abhalten lassen würde, ihr Kind großzuziehen. Bei jeder Verhaltensweise spricht also der Charakter der Person mit.¹⁾

Zu der strafbaren Reaktion kann es nur kommen, wenn der Charakter vor dem Anreiz kapituliert und den Weg zur Tat freigibt. Jede Handlung deckt sich folglich mit der Abstufung der einzelnen Charaktere und ist dem jeweiligen Charakter genau angemessen. Das heißt zwar nicht, daß bei den obigen Fällen eine Differenzierung hinsichtlich der Schuld und der Strafwürdigkeit ausgeschlossen wäre; nur wäre es verfehlt, das Maß der Schuld nach einer - eben nicht vorhandenen - mehr oder weniger starken Abweichung der Tat von der Per-

1) Engisch ZStW 66, 359; Seelig MSchrKrPsych 18, 244 und 27, 49; besonders eingehend Schmidhäuser, Gesinnungsmerkmale, S. 121f; s. a. Hülle DRiZ 51, 35, der davon spricht, daß der Charakter "angekränkt" sein muß, wenn es zur Tat kommt.

sönlichkeit des Täters zu bemessen.

Allerdings gibt es drei Gruppen von Taten, bei denen der unbedingte Eindruck erweckt wird, als entspreche das Verbrechen wirklich nicht dem Charakter des Handelnden. Diese Fälle liegen dann vor, wenn einmal Umweltursachen am Werk sind, die nach der Regel des Lebens selten eintreten; ferner, wenn Umweltursachen mitwirken, die auch bei Persönlichkeiten mit durchschnittlichen Dispositionen das betreffende Verhalten auslösen würden; und schließlich, wenn eine Persönlichkeitsänderung eingetreten ist.¹⁾ Bei einer genauen Betrachtung zeigt sich aber auch hier, daß lediglich der S c h e i n einer Persönlichkeitsfremdheit der Tat erweckt wird, während in Wirklichkeit doch die Tat dem Charakter des Handelnden entspricht. Wenden wir uns zunächst dem ersten Fall zu: Es sind bei der Entstehung der Tat Umweltursachen am Werk, die nach der Regel des Lebens selten eintreten. Gibt der Täter einem solchen selten vorkommenden Reiz nach, so steht seine Tat nur ä u ß e r l i c h gesehen in krassem Gegensatz zu seinem bisherigen Verhalten, das stets einwandfrei gewesen ist. Da der Täter aber noch nie einem derartigen Umweltreiz konfrontiert worden war, kann aus seinem früheren Verhalten gerade nicht geschlossen werden, daß er sonst nach seinem Charakter fähig gewesen wäre, den nötigen Widerstand aufzubringen. Man kann also nicht sagen, daß sein gegenwärtiges Versagen eigentlich seinem Wesen inadäquat sei. Wenn H e i n i t z ²⁾ dem entgegensetzt, daß das häufige oder seltene Auftreten eines Motivs keinen Maßstab für die Stärke oder Art des Motivs abgebe, so ist entgegenzuhalten, daß hier noch nicht die Frage einer Schulderhöhung oder Schuld minderung entschieden, sondern nur das Fehlen einer Persönlichkeitsfremdheit der Tat

1) s. Seelig MSchrKrPsych 18, 246;

2) Heinitz ARWP XXII S. 278;

bewiesen werden soll.

Auch beim zweiten Fall, bei dem Umweltursachen am Werk sind, die bei einer Persönlichkeit mit durchschnittlichen Dispositionen ebenfalls das betreffende Verhalten auslösen würden, liegt in Wirklichkeit kein persönlichkeitsinadäquates Verhalten vor. Wenn bei einem Notstand als dem "Paradebeispiel" des übermächtigen Motivs auch andere Persönlichkeiten ebenso handeln würden, so scheint zwar die Reaktion des einzelnen gerade nicht charakteristisch für ihn zu sein, so daß der Eindruck einer persönlichkeitsfremden Tat erweckt wird. Die bestehende Persönlichkeitsadäquanz wird hier aber nur dadurch verdunkelt, daß bei diesem äußeren Umstand sich mehrere Menschen ebenso verhalten hätten wie der Täter und man daher zu der Annahme neigt, die Tat entspringe nicht mehr den spezifischen Charaktereigenschaften gerade dieses Handelnden. In Wirklichkeit ist das Wesen des einzelnen für die Entstehung der Tat auch hier von entscheidender Bedeutung: Nicht jede Mutter tötet ihr Kind nach der Geburt wegen dessen Unehelichkeit, nicht jeder vergreift sich selbst in bitterster persönlicher Not an dem Eigentum des anderen, und es gibt manche, die selbst in höchster eigener Todesgefahr ihr Leben nicht auf Kosten des Mitmenschen retten. Auch lassen sich beispielsweise bei einem Notdiebstahl genaue Differenzierungen entsprechend dem Charakter des Täters nachweisen. Teils wird entwendet, wenn kaum die Grenze zur eigentlichen wirtschaftlichen Not überschritten ist, teils erst, wenn die eigene Notlage unerträglich zu werden droht, und teils erst dann, wenn die Gefahr des Verhungerns besteht. Auch bei den Fällen des "übermächtigen Motivs" kann also die Adäquanz der Tat nicht ernstlich bestritten werden.

Letztlich bleiben noch die Fälle übrig, bei denen der Schein einer Persönlichkeitsfremdheit dadurch entsteht, daß eine Persönlichkeitsänderung schon zeitlich vor dem Einwirken der die Tat auslösenden Umweltreize eingetreten ist und daher die jetzige Reaktion nur im Vergleich mit der

f r ü h e r e n Persönlichkeit inadäquat erscheint. Dieser in einem anderen Zusammenhang schon aufgegriffene Fall des unentdeckt gebliebenen Wandels der Persönlichkeitsstruktur ist problemlos, da in seiner Gestaltung schon implizite zugegeben wird, daß in W i r k l i c h k e i t in dem Augenblick der Tat das Verhalten persönlichkeitsgemäß gewesen ist. Die Schwierigkeit liegt nur in der exakten Feststellung des erst seit kurzem veränderten Persönlichkeitsaufbaues.

Somit ergibt sich, daß in allen denkbaren Fällen, selbst wenn zunächst der äußere Anschein einer Persönlichkeitsfremdheit der Tat erweckt werden sollte, das Verbrechen dem Charakter des Handelnden entspricht. Damit wird aber die Gegenüberstellung von persönlichkeitsfremden und persönlichkeitsadäquaten Taten, auf der die Adäquanztheorie beruht, hinfällig.

2. Die Unhaltbarkeit der Adäquanztheorie bei gewissen Tätern.

a) Der Geisteskranke und der vermindert Zurechnungsfähige.

Die Unhaltbarkeit der Adäquanztheorie zeigt sich aber auch dann, wenn man ihre Gedanken für die Festsetzung der Strafe bei gewissen Tätergruppen heranzieht. An erster Stelle sind hier der Geisteskranke und der erheblich verminderte Zurechnungsfähige zu nennen, deren Schuldausschluß bzw. Schuld minderung nicht mit der Lehre von der Persönlichkeitsadäquanz der Tat in Einklang gebracht werden können, e s s e i d e n n , man betont ausdrücklich - was allerdings nicht geschieht -, daß die Anwendung der Adäquanztheorie volle Schuldfähigkeit des Täters voraussetze. Schon F. v . L i s z t hat erwähnt, daß bei der Berücksichtigung der Adäquanztheorie der sich stets treu bleibende Idiot eigentlich das Muster der Zurechnungsfähigkeit sein müßte. In der Tat hätte bei einer konsequenten Durchführung der Theorie die konstante Verhaltensweise des Geisteskranken oder auch des Psychopathen zu einer Steigerung der Schuld zu führen. Denn der Umstand, daß der Kranke stets auf eine bestimmte Weise reagiert, ist gerade die spezifische Eigenart dieses

Menschen: Geistige Erkrankungen zählen daher nicht zu den "äußeren" Ursachen, sondern machen die Persönlichkeit des Menschen aus.¹⁾

Mezger²⁾ sucht zwar aus der Unterscheidung von angeborener Geisteskrankheit und plötzlich eintretender geistiger Erkrankung Konsequenzen für die Anwendung der Adäquanztheorie abzuleiten. Komme es im ersten Fall zu einer Tat, so sei allerdings die Übereinstimmung mit der ursprünglichen Persönlichkeit gewahrt, wenn auch eine abnorme Persönlichkeit vorliege. Demgegenüber stehe eine Tat, die im Zusammenhang mit dem plötzlichen Ausbruch eines Krankheitsprozesses begangen werde, im Widerspruch mit der bisherigen Persönlichkeit. In diesem zweiten Fall könne daher infolge des fehlenden Bandes zu der konstanten Täterpersönlichkeit die geminderte Schuld mit einem Mangel der Persönlichkeitsadäquanz der Tat erklärt werden. Jedoch muß auch dagegen eingewendet werden, daß hier ebenfalls nur der Schein einer Persönlichkeitsfremdheit dadurch entsteht, daß die Persönlichkeitsänderung erst kurz vor der Tat eingetreten ist. Berücksichtigt man diesen Wandel der Persönlichkeit und vergleicht die jetzige Handlung mit der früheren Persönlichkeit nicht, sondern vielmehr mit der gegenwärtigen, so zeigt sich, daß die Tat genau der Persönlichkeit, nämlich der Persönlichkeit zur Tatzeit, entspricht.³⁾

Die Fälle der verminderten Zurechnungsfähigkeit und der Geisteskrankheit könnten nur dann in Übereinstimmung mit der Adäquanztheorie gebracht werden, wenn man den Persönlich-

1) Seelig MSchrKrPsych 16, 21; 18, 244; 27, 49;
s.a. Engisch ZStW 66, 362f; Sauer ZStW 50, 694; Schmidhäuser,
Gesinnungsmerkmale, S. 191.

2) Mezger, Persönlichkeit und strafrechtliche Zurechnung, S. 11,
26, 39ff; Mezger ZStW 49, 183;
s.a. Graßberger, Strafzumessung, S. 61f;

3) s. Seelig MSchrKrPsych 18, 244ff (248);
Mezger versucht den vermindert Zurechnungsfähigen und Geistes-
kranken gerecht zu werden, indem er zur Feststellung des
Schuldmaßes neben die Persönlichkeitsadäquanz der Tat die
-selbstverständliche- soziale Adäquanz der Persönlichkeit
des Täters stellt: Je sozialadäquater, je "normaler" veran-
lagt der Täter sei, desto größer müsse man seine Schuld ver-
anschlagen; je anormaler er sei, desto kleiner sei seine Schuld.

keitsbegriff enger fassen würde.¹⁾ So arbeitet S a u e r ²⁾ mit persönlichkeitsfremden Umweltreizen, krankhaften Reizen und normalen, gesunden Reizen und zieht bei den letzteren den entscheidenden Trennungsstrich. Zu den persönlichkeitsfremden Faktoren sollen die Eigenschaften und Strebungen zählen, die auf zwingende Umwelt- und Anlageeinflüsse zurückzuführen seien, während in den Begriff der Persönlichkeitseigenen Merkmale nur die Erzeugnisse des selbständigen, freien Willens einzustufen seien. Persönlichkeit im engeren Sinn liege daher nur vor, soweit der Mensch in freiem Willensentschluß die Tat begehe, soweit er zu freiem, zweckstrebendem Wirken in der Lage sei. Im Grunde genommen handelt es sich bei dieser Abgrenzung aber um nichts anderes als um die Abtrennung der Faktoren, für die der Täter "nichts kann", somit um die Frage des "Eintreten-Müssens für das, was man ist", die die Adäquanztheorie - ebenso wie die M . E . M a y e r - Formel - sowieso nicht zu bewältigen vermag. Die "Rettung" der Lehre von der Persönlichkeitsadäquanz der Tat durch die Einbeziehung dieses engen Persönlichkeitsbegriffs muß aber schon deshalb fehlschlagen, weil einmal die Anhänger der Lehre nicht gewillt sind, diesen Weg zu beschreiten ³⁾, zum anderen weil der Begriff der Persönlichkeit eine derartige Verstümmelung nicht gestattet. Die Persönlichkeit ist das gesamte Wesen des Menschen, sein volles Erscheinungsbild, aber kein nach Absplitterung aller anlagemäßig begründeter Eigenschaften - seien sie schöpferisch-genialer oder verbrecherischer Art - verbleibender Torso! Daher entspricht auch bei einem Psychopathen oder

1) Vgl. Seelig MSchrKrPsych 27, 50ff;

2) Sauer ZStW 50, 694ff; Sauer AT S. 44, 47, 157, 260; Sauer, Kriminologie S. 51f;

3) Heinitz ZStW 63, 76f;

Geisteskranken die Tat genau dem Charakter des Handelnden, so daß die Adäquanztheorie in diesen Fällen eigentlich eine Steigerung der Schuld und damit eine Erhöhung der Strafe annehmen müßte.

b) Der Überzeugungstäter.

Aber nicht nur beim Geisteskranken, sondern ebenfalls beim Überzeugungstäter zeigt sich die Unhaltbarkeit der Adäquanztheorie, mag dies auch beim Überzeugungsverbrecher zunächst nicht so offensichtlich ins Auge fallen. Gelingt jedoch der Beweis, daß die Taten des Überzeugungsverbrechers in b e s o n d e r e m Maße seiner Persönlichkeit entsprechen und daß auf der anderen Seite seine S c h u l d nicht als erhöht angesehen wird (wenn auch die Strafe aufgrund anderer Erwägungen im Endergebnis schärfer ausfallen mag), so spricht dies gegen die Adäquanztheorie, die ja eine Steigerung der Schuld annehmen müßte.

Die Überzeugungstäter, die einen erheblich breiteren Raum einnehmen, als man gewöhnlich glaubt ¹⁾, lassen sich in zwei große Gruppen einteilen. Dabei ist zu bemerken, daß diese Einteilung nur eine von mehreren denkbaren Einordnungsmöglichkeiten darstellt, jedoch die Einteilung hier so gewählt wird, daß sie dem Zweck der Ausführungen, nämlich dem Nachweis der besonderen Persönlichkeitsadäquanz der Taten und zugleich der verminderten Schuld des Überzeugungsverbrechers, am besten gerecht wird. Einmal lassen sich die Fälle feststellen, in denen der Täter sich zu einer Handlung verpflichtet fühlt, die nur einer E i n z e l p e r s o n schaden oder nützen soll, so daß meist auch eine e i n z i g e Handlung ausreicht (1. Gruppe). Die Mutter, die ihr mißgestaltetes Kind tötet, kann in der Vorstellung handeln, ver-

1) Vgl. Krille Prot III 49ff; Schwalm Prot III 60;

pflichtet zu sein, ihrem Kind ein freudloses, qualvolles Dasein zu ersparen. Von der gleichen Verpflichtung kann der Ehemann ausgehen, der seine unheilbar kranke, schwer leidende Frau auf deren Wunsch hin tötet. Ähnliche Überzeugungstaten können vorliegen, wenn die von einem geisteskranken Verbrecher genotzüchtigte Frau ihre Frucht abtreibt oder wenn - was im Gegensatz zu vergangenen Zeiten heute zwar nicht mehr aktuell ist - der Beleidigte nur auf dem Weg des verbotenen Zweikampfes die Wiederherstellung seiner Ehre zu finden glaubt.

In die 2. Gruppe sind die Taten einzureihen, die nach der Auffassung des Täters einem größeren Personenkreis, der Allgemeinheit, dem Staat, zugute kommen sollen und bei denen der Erfolg meist erst durch eine wiederholte, ständige Begehung eintreten kann. Zu diesen Überzeugungstätern gehören die Gegner der Reichen und Beschützer der Armen, Gestalten wie der Hl. Crispinus oder Robin Hood. Den Hauptanteil in dieser Gruppe stellen jedoch die politischen Überzeugungstäter, die die Vernichtung der gerade bestehenden staatlichen Ordnung anstreben und den Aufbau eines neuen Staatsgefüges nach ihrem Idealbild zu verwirklichen suchen.

Allen Überzeugungstätern ist jedoch gemeinsam, daß sie glauben, einer Verpflichtung nachkommen zu müssen, die von ihnen zur Richtschnur ihres Handelns erhoben wurde.¹⁾ Sie sind sich im klaren, daß sie die bestehende Rechtsordnung verletzen, jedoch meinen sie, die vorhandene Kollision entsprechend der von ihnen aufgestellten Wertordnung entscheiden zu müssen. Damit drängt sich der Vergleich mit dem übergesetzlichen Notstand auf: Während

1) Gallas, Mezger-Festschrift, S. 318; Krille Prot III 49f; Welzel Prot III 61; Radbruch ZStW 44, 34;

dort die geringerwertige Pflicht hinter der höherwertigen zurückstehen muß, erfüllt hier der Täter die niedrigere Pflicht, wobei entweder er selbst sie in Übereinstimmung mit der Rechtsordnung als geringerwertig einstuft ¹⁾ (1. Gruppe) oder zumindest weiß, daß die geltende - wenn auch von ihm nicht gebilligte - Rechtsordnung das verletzte Rechtsgut als höherwertig einstuft (2. Gruppe).

Alle Überzeugungstaten entsprechen jedoch der Persönlichkeit des Täters. Für die erste Gruppe haben wir dies oben bereits festgestellt ²⁾; es handelt sich hier um die Fälle des "übermächtigen" oder des "selten auftretenden" Motivs. Mit noch deutlicherer Prägnanz offenbart sich die Persönlichkeit aber in den Taten der 2. Gruppe, wo der Täter **b e s t ä n d i g** sich gegen die von ihm als falsch oder verbesserungswürdig eingestufte Rechts- und Gesellschaftsordnung auflehnt. Denn hier bleibt der Täter seinem Wesen bis ins letzte treu, läßt sich durch nichts von der einmal eingeschlagenen und für richtig empfundenen Bahn abbringen. Die Tat ist dann das spezifische Werk gerade dieses Charakters und deckt sich genau mit der ganzen Einstellung des Täters, mit seiner gesamten Denk- und Verhaltensweise. Wenn daher die Tat der exakte Ausdruck der Täterpersönlichkeit ist, wenn nicht die geringsten persönlichkeitsfremden Momente entdeckt werden können, so müßte nach der Lehre von der Persönlichkeitsadäquanz der Tat die Schuld erheblich erhöht sein. Ist aber beim Überzeugungstäter wirklich die Schuld auf ein Höchstmaß gesteigert oder ist sie nicht im Gegenteil

1) Wobei er sich aber aufgrund seiner sittlichen oder religiösen Überzeugung zur Tat verpflichtet fühlt. - Insoweit taucht das Gegensatzpaar sittliche und strafrechtliche Schuld auf; s. dazu: Gallas, Mezger-Festschrift, S. 333; Maurach AT S. 325; Baumann AT S. 324 m. weiteren Nachweisen; dagegen Kaufmann, Schuldprinzip, S. 138f;

2) s. oben S.

unter Umständen stark reduziert?

Unbestritten dürfte letzteres bei den Fällen der ersten Gruppe zutreffen, da die Pflichten, denen der Täter nachkommen zu müssen glaubt, von der Rechtsordnung zwar nicht gebilligt werden und schon gar nicht die Tat rechtfertigen können, jedoch zumindest verständlich sind, verzeihlich erscheinen und nicht auf der tiefsten Stufe der ethischen Wertung stehen ¹⁾. Uns soll es hier aber mehr auf den "eigentlichen" Überzeugungstäter der 2. Gruppe ankommen, bei dem die Persönlichkeitsgemäßheit der Tat am augenfälligsten in Erscheinung tritt.

Die Große Strafrechtskommission hat es zwar abgelehnt, den Überzeugungstäter durch die Anwendung der Einschließung als der für ihn zutreffenden Strafart zu privilegieren ²⁾ oder ihm im Vollzug eine Sonderstellung einzuräumen. Denn sobald der Staat "den Degen vor dem politischen Gegner senken" und ihm eine **E h r e n h a f t** zuerkennen würde, brächte er zum Ausdruck, daß er von seiner eigenen Berechtigung und Richtigkeit selbst nicht mehr überzeugt und in seinem Gefüge bereits morbid wäre ³⁾. Auch die sofortige Gewährung aller in der jeweiligen Straf-

1) Baumann AT S. 324; Gallas, Mezger-Festschrift, S. 320; Schwalm Prot III 60;

Jescheck Prot I 95 will aber eine Berücksichtigung der Beweggründe nur im Vollzug zulassen; ebenso Baldus Prot I 295; Krille Prot III 334 (Gefängnis statt Zuchthaus, wenn der Täter aus achtenswerten Beweggründen gehandelt hat);

2) Prot III 138;

anders § 71 E Radbruch 1922; § 72 E 1927 und Entwurf Kahl; § 30 E 1936;

3) Jescheck Prot I 94 und Krille Prot III 50ff, die zu der Frage der Einschließung des Überzeugungstäters auch einen historischen Überblick geben; s. a. Jescheck Prot I 359; Kaufmann, Unrechtsbewußtsein, S. 147; Krille Prot I 282; Krille Prot III 333; Maurach AT 637; Nagler GS 94, 60; für Einschließung Baldus Prot I 295, der auch die Meinung eines Teiles der Bundesrichter vorträgt.

art vorgesehenen Vergünstigungen im Vollzug wäre aus Gründen der Anstaltsdisziplin untunlich ¹⁾. Damit ist aber noch nichts über das Maß der Schuld ausgesagt, denn die Verweigerung der custodia honesta und der Privilegien im Vollzug ist - wie dargelegt - gerade auf andere Gründe als auf eine erhebliche Größe der Schuld zurückzuführen.

Der Gedanke liegt nahe, die Grundsätze des Verbotssirrtums auf den Überzeugungstäter anzuwenden, so daß bei Entschuldbarkeit des Irrtums eine Schuldinderung eintreten würde. Die bekannte Entscheidung des Großen Senats liegt offenbar auf dieser Linie, da die Schuld des Überzeugungstäters darin gesehen wird, "daß er bewußt an die Stelle der Wertordnung der Gemeinschaft seine eigene setzt und von dieser her im Einzelfall falsch bewertet" ²⁾. In der Literatur ³⁾ ist diese Auffassung auf überwiegende Ablehnung gestoßen, da der Überzeugungstäter sich im klaren sei, daß seine Auffassung mit der geltenden Rechtsordnung, auf die es allein ankomme, im Widerspruch stehe.

Gewiß kennt er das Bestehen der Verbotsnorm und setzt sich bewußt darüber hinweg. Jedoch darf man sich mit diesem Gedanken allein nicht begnügen, sondern muß auf die Vorstellung des Überzeugungstäters eingehen, die ihn zur Übertretung der Norm veranlaßt hat: Der politische Über-

1) Krille Prot I 282, III 55, 334; wie Krille aaO darlegt, hat sich auch § 52 I Reichsvollzugsgrundsätze von 1923 nicht bewährt;
aa Baratta, Relativismus und Naturrecht im Denken Gustav Radbruchs, ARSP Bd. 45 (1959), S. 505ff (518); Radbruch, 34. D. J. T. S. 359;

2) BGH GS 2, 194 (208);

3) Baumann AT 386; Gallas, Mezger-Festschrift, S. 319 Anm. 3; Jagusch LK B IV 3 vor § 13; Jescheck, Menschenbild, S. 11; Krille Prot III 50; Mezger LK § 59/ II 17 a; Mischke S. 179f; Schmidhäuser, Gesinnungsmerkmale, S. 185 Anm. 70;

zeugungstäter wendet sich häufig - wenn auch nicht immer - deshalb gegen die den Bestand des Staates schützenden Normen, weil er die bestehende Staatsordnung wegen der mit ihr verbundenen angeblichen Gewaltherrschaft, Knechtschaft, Willkür und Unfreiheit für rechtswidrig hält und demnach den betreffenden Normen eine Berechtigung abspricht. Da nur sein Idealbild vom Staat nach seiner Vorstellung in Übereinstimmung mit dem Naturrecht ¹⁾ steht, glaubt er, gegen die den tyrannischen Staat schützenden Normen vertoßen zu können, ja zu müssen. Weiß ein derartiger Überzeugungstäter daher, daß sein Tun nach der geltenden Rechtsordnung verboten ist, hält er seine Handlung aber durch höheres Recht für gerechtfertigt, so liegt eine Spielart des Verbotsirrtums vor ²⁾. Entscheidend für die Frage des Schuldausschlusses bzw. der Schuldminderung ist daher allein(!) die Unvermeidbarkeit bzw. die Verzeihlichkeit des Irrtums. Nicht aber kann es - wie offenbar angenommen wird ³⁾ auch auf die objektive Übereinstimmung der Gedanken des Überzeugungstäters mit dem Sittengesetz ankommen, wenn auch das Maß der Abweichung seiner Vorstellung von dem geltenden Sittengesetz einen Rückschluß auf die Erkenntnismöglichkeit des Unrechts durch den Täter zuläßt.

Sollte der Täter hingegen mit unlauteren Mitteln vorgehen, etwa bei der Werbung neuer Anhänger die wirklichen Ziele seiner politischen Richtung verschweigen, so kann daraus auf eine f e h l e n d e Überzeugung von

1) Insoweit nimmt der Täter an, daß die Verbotsnorm einer höheren Norm widerspricht und unwirksam ist, so daß kein Gegensatz zu BGH 1, 3 zu bestehen braucht.
s.a. Radbruch, 34. D. J. T., S. 357;

2) Vgl. Kaufmann, Schuldprinzip, S. 138ff, der aber den Begriff des Überzeugungstäters einschränkt;
s.a. Welzel Prot III 61, der dafür den Begriff des Gewissenstäters prägt;

3) Hülle DRiZ 51, 36; Jescheck GA 58, 10; Misenke S. 197f;
BGH HuSt I 280; OLG Bremen NJW RzW 52, 361 im Hinblick auf § 1 I 1 Entschädigungsg;

der Berechtigung seiner Auffassung geschlossen werden. In-
soweit wird daher, wenn auch mit anderer Begründung ¹⁾, zu
Recht eine Strafmilderung abgelehnt. In den Fällen schließ-
lich, in denen der Täter etwa Reiche bestiehlt, um Armen zu
helfen, wird er zwar nicht in einem Irrtum über die Berech-
tigung der Strafvorschriften zum Schutz des Eigentums be-
fangen sein, sondern nur Not lindern und bestehende "Unge-
rechtigkeiten" ausgleichen wollen. Seine geringere Schuld
rechtfertigt sich hier aber aus der altruistischen Ziel-
setzung seines Handelns, aus seiner sittlich und charakter-
lich aner kennenswerten Grundhaltung.

Auch die Rechtsprechung hat, selbst wenn sie zuwei-
len einer eindeutigen Entscheidung ausgewichen ist ²⁾, viel-
fach eine Minderung der Schuld beim Überzeugungstäter ange-
nommen. So heißt es etwa in der Entscheidung BGH HuSt II 240:
"Der Angeklagte ist noch jung; er ist unbestraft, strebsam,
aufopferungswillig; er führt ein einwandfreies Privat- und
Familienleben. Niedere Motive scheiden bei ihm aus; er hat aus
Überzeugung gehandelt. Das alles (!) fiel zu seinen Gunsten
in die Waagschale." In der gleichen Richtung liegt das Ur-
teil BGH HuSt II S. 41f: "Bei der Strafzumessung ist davon aus-
zugehen, daß die Angeklagten R., L. und Sch. im einzelnen ein
einwandfreies Leben geführt haben, von einzelnen Straftaten
abgesehen, deren Ursprung jeweils in ihrer politischen Be-
tätigung gelegen hat. So haben sie auch das Programm aus po-
litischer Überzeugung heraus verbreitet. Dabei kann ihnen
b e s o n d e r s zugute gehalten werden, ...". In BGHSt 6,
186, 192 wird eine Strafaussetzung zur Bewährung dem Täter
dann gewährt, wenn er trotz seiner Überzeugung die Gesetze
künftig achten wird; daraus kann indirekt entnommen werden,
daß die S c h u l d des Überzeugungstäters hier nicht zu
groß sein kann. Auch aus BGHSt 8, 254, 261 ist zu schließen,
daß die für Überzeugungstaten verhängten hohen Strafen we-
niger auf einer erhöhten Schuld des Täters beruhen, sondern
maßgeblich auf den Einfluß präventiver Strafzwecke zurück-
zuführen sind. Denn in dieser Entscheidung wird dem Über-

1) s. BGH 8, 162 (zustimmend Jescheck GA 1958, 10); BGH HuSt I 184

2) BGH 8, 165;

zeugungsverbrecher eine Strafmilderung dann zugebilligt, wenn für die persönliche Abschreckung kein Anlaß mehr besteht.¹⁾

Wenn trotzdem die Strafen für Überzeugungstäter in der Regel hoch ausfallen, so beruht dies nicht auf einer erheblichen Schuldschwere. Da es sich bei derartigen Fällen fast ausschließlich um politische Straftaten handelt, lassen sich die Gerichte meist von dem Gedanken der Abschreckung, der Sicherung und des Schutzes des Staates leiten. Sehr augenfällig tritt dies in der Entscheidung BGH HuSt II S. 74 zutage: "Bei allen Angeklagten war auszugehen von dem Grad der Gefährlichkeit ihrer Organisation und damit ihrer eigenen strafbaren Tätigkeit... Deshalb muß der Strafzweck der allgemeinen Abschreckung im Vordergrund stehen." Ebenso BGH HuSt I S. 184f: "Es mag zwar sein, daß er von der Richtigkeit der kommunistischen Lehre überzeugt ist.... Wer aber in einer so gearteten Organisation eine derart umfangreiche und wirkungsvolle Tätigkeit entfaltet ... wie der Angeklagte, kann nur durch eine sehr empfindliche Freiheitsstrafe zu gesetzestreuem Verhalten gebracht oder mindestens als Gefahrenquelle ausgeschaltet (!) werden." Neben dem Ziel der Abschreckung Gleichgesinnter und An-

1) Für eine Strafmilderung bei "unverschuldeter" Überzeugung auch BGH HuSt II S. 356: "Die blinde Einseitigkeit und das beschränkte Weltbild der aus der SBZ kommenden Angeklagten beruhen auf ihrer gläubigen Hingabe an die Dogmen des Marxismus-Leninismus; dazu werden sie planmäßig und mit allen Mitteln der Massenpsychologie und der Ausschließung jedes anderen Gedankens durch die staatliche Gewalt erzogen. Auch diese Umstände sind nicht außer acht geblieben." s. a. Gallas, Mezger-Festschrift, S. 320; wohl gegen eine Schuldminderung beim Überzeugungstäter jedoch: Jagusch LK B IV 3 vor § 13; Jescheck, Menschenbild, S. 11; Lange Prot III 61; Mezger Prot III 62; Mischke S. 197f; E. Wolf S. 18;

fälliger ¹⁾ steht also insbesondere bei der Verhängung hoher Strafen der Gedanke des Schutzes des Staates und der Beseitigung der durch den Täter drohenden Gefahr im Vordergrund ²⁾, die sich oft besonders deutlich in der Erklärung des von der Richtigkeit seiner Auffassung durchdrungenen Angeklagten offenbart, in Zukunft ebenso wie bisher handeln zu wollen. ³⁾ Nicht aber hat die besondere Erhöhung der Schuld die Strafschärfung veranlaßt, obwohl die Taten genau der Persönlichkeit des Täters entsprechen, so daß nach der Adäquanztheorie eigentlich ein erheblich gesteigertes Maß an Schuld vorliegen müßte. Somit kann auch der Überzeugungstäter als ein Beispiel herangezogen werden, um die Richtigkeit der Adäquanztheorie zu erschüttern.

3. Die Starrheit der Formel.

Neben die bisher geltend gemachten Einwände gegen die Adäquanztheorie tritt aber noch ein weiteres Bedenken, das nicht so sehr speziell gegen die Überlegungen der Adäquanztheorie gerichtet ist, sondern das jeder allgemeinen Formel in der Strafzumessung anhaftet. Denn es grenzt nahezu an Vermessenheit, wenn man mit einer derart allgemeinen und starren Formel, wie sie natürlich auch

1) Neben BGH HuSt II 74 auch BGH HuSt II 252: "...lenkt das Augenmerk zugleich auch auf den allgemein vorbeugenden Zweck der Strafe, der gerade in Fällen dieser Art hervortritt. Fremde Spionage ist zu weitgehender Erfolglosigkeit verurteilt, wenn es ihr nicht gelingt, Veräter unter den Personen zu finden, denen Staatsgeheimnisse zugänglich und anvertraut sind. Angriffen von außen kann man sich mit gutem Ergebnis erwehren, solange sie im Inneren und gerade dort keinen Stützpunkt finden, wo sich Pflichtbewußtsein und Vertrauen ergänzen müssen. Hier liegt zugleich die größte Gefahr, der durch Strafen begegnet werden muß, die der Neigung zu verräterischem Verhalten entgegenwirken, indem sie Verstöße gegen die Geheimhaltungspflicht mit einem erheblichen Risiko verbinden..."

2) BGH HuSt I 106, 185, 213, 282f, 381;
BGH HuSt II 73, 184f, 241, 252, 306, 324f, 355f;

3) Eindeutig so BGH HuSt I 106 u. 282f;
zurückhaltend OLG Bremen NJW 63, 1933f; Baumann AT S. 324

in der Adäquanztheorie verkörpert ist, glaubt, der bunten Vielfalt des menschlichen Geschehens, der Differenziertheit aller vorkommenden Ereignisse gerecht werden zu können. Die Adäquanztheorie mag zwar hinsichtlich der Bemessung ✓ der Schuld bei trivialen Beispielen das richtige Ergebnis treffen. Entwendet der bisher redlich und korrekt gebliebene Familienvater aus Not eine Sache oder stiehlt der Berufsverbrecher aus unersättlicher Gewinnsucht, so benötigt man aber kaum zur Einstufung der nötigen Schuldsschwere eine wissenschaftliche Theorie. Mag sich hier das durch die Lehre von der Persönlichkeitsadäquanz gewonnene Ergebnis noch mit dem zunächst intuitiv erfaßten Schuldgrad decken, so genügt bereits die kleinste Variante in der Fallgestaltung, um das Gebäude der Adäquanzlehre ins Wanken zu bringen. Es brauchen nur der Gewohnheitsverbrecher aus unverschuldeter Not und der bisher anständig gebliebene Familienvater aus Gewinnsucht gehandelt haben, so läßt sich a l l e i n mit der Persönlichkeitsgemäßheit oder Persönlichkeitsfremdheit der Tat nicht mehr die gerechte Lösung finden. Hier ist eine andere Komponente dann noch maßgebend, nämlich die größere oder geringere Verzeihlichkeit des Beweggrundes, die Wertstufe des angestrebten Zieles ¹⁾.

Interessant wird die Fallgestaltung, wenn der Wert oder Unwert des erstrebten Zieles jeweils gleich sind, also zwei Täter aus Gewinnsucht handeln, von denen der eine entsprechend seinem Wesen die Gebote der Eigentumsordnung noch nie besonders ernst genommen hat, während der zweite nach seinem bisherigen Verhalten ein Muster der Ehrlichkeit gewesen ist. Hier finden wir als Merkmal für die Abstufung

1) s. oben S.

s. a. Schmidhäuser, Gesinnungsmerkmale, S. 125;

der Schuld den Intensitätsgrad des verbrecherischen Willens, der sich danach bestimmt, wie schwer oder leicht es dem Täter gefallen wäre, anders zu handeln. Dabei sind für den Umfang der Fähigkeit, die Tat zu vermeiden, drei Faktoren maßgebend:

Die Fähigkeit, den Anreizen zur Tat die nötigen Hemmungen entgegenzusetzen, kann anlagemäßig beschränkt sein. Will man sich nicht der These des "Einstehens für das, was man ist" zuwenden, so gebietet es das Schuldprinzip, dem Täter in diesen Fällen die verbrecherischen Lebensäußerungen nur in gemindertem Maße zuzurechnen.

Weiterhin sind Umfang und Größe der zu überwindenden äußeren Widerstände entscheidend. Je verlockender die Gelegenheit zur Tat ist, je leichter dem Betreffenden die Begehung des Verbrechens gemacht wird, desto schwerer dürfte es für ihn sein, der Versuchung zu widerstehen, während das Hinwegsetzen über zahlreich sich auftürmende Hindernisse auf eine gesteigerte verbrecherische Willensbetätigung schließen läßt.

Ob die Adäquanztheorie bestehen kann, muß sich aber insbesondere bei dem dritten Faktor zeigen, nämlich der Macht der zu überwindenden inneren Widerstände ¹⁾. Dabei verhält es sich keinesweg so, daß die Größe des Schuld gering veranschlagt werden muß, wenn der Täter eine willensstarke Persönlichkeit ist und daher bisher treu das Gesetz geachtet hat. So hat auch der Bundesgerichtshof in seinem Urteil vom 30.5.1961 ²⁾ sich folgende Erwägung zueigen ge-

1) Hülle DRiZ 51, 35; Jagusch LK B IV 4 a vor § 13; Lenz SchwZStrR 41, 185; Sauer AT S. 260;

2) zitiert nach Arndt NJW 61, 1200; auf den sprachlichen faux pas hinsichtlich des Wortes "liberal" soll hier nicht eingegangen werden.

macht: "Da der Angeklagte als weltanschaulich gebundener und um die Wahrung der Rechte und des Ansehens seines Berufsstandes besonders bemühter Arzt bei der Begehung der Abtreibung naturgemäß größere innere Widerstände zu überwinden hatte, muß auch seine Tat ernster beurteilt werden, als dies etwa bei einem liberalen und dem Berufsethos weniger verpflichteten Täter der Fall sein könnte". So wird man entgegen der Adäquanztheorie keine geringere Schuld bejahen können, wenn sich jemand mit größter Gewissenhaftigkeit über sein Handeln Rechnung ablegt ¹⁾, da er eine erhebliche verbrecherische Willenskraft aufwenden muß, um die mächtigen, aus seiner Persönlichkeit entspringenden inneren Widerstände aus dem Weg zu räumen.

Wenn trotzdem die Strafe für einen derartigen Ersttäter meist niedrig ausfällt, so beruht dies im Grunde genommen auf anderen Erwägungen:

Zunächst wird es aus Gründen der Spezialprävention geboten sein, mit der Strafe im unteren Bereich des Schuldrahmens zu bleiben oder - sollte man der Spielraumtheorie ablehnend gegenüberstehen - die durch die Schuld genau bestimmte Strafgröße zu unterschreiten. Da die Strafe letztlich nicht vernichten und zerstören soll, kann hier eine mit der Schuld gerade noch zu vereinbarende Denkwortstrafe ausreichen, um die inneren Kräfte des Täters weiter zu festigen, so daß sie seinen starken kriminellen Regungen genügend Widerstand leisten können. Ferner wird nicht jeder Ersttäter besonders gewissenhaft sich über sein Handeln Rechenschaft ablegen und somit einen gesteigerten verbrecherischen Willen aufwenden müssen, wenn er bewußt eine Norm verletzen will. In

1) Sauer, Kriminologie, S. 53; s. a. Heinitz ARWP XXII 273; Jagusch LK B IV 1 a vor § 13: "Gute Erziehung kann u. U. mehr belastend wirken".
aa Mezger Lb S. 278 Anm. 23;

der Regel handelt es sich vielmehr um Menschen mit durchschnittlicher Widerstandskraft ¹⁾, so daß auch nur eine durchschnittliche kriminelle Energie zur Begehung der Tat erforderlich ist.

Mit diesen Darlegungen soll aber nicht ausgedrückt werden, daß die Schuld stets als niedrig einzustufen wäre, wenn der Täter nur noch geringe oder keine inneren Widerstände mehr zu überwinden hat. Vielmehr ist der verbrecherische Wille besonders intensiv ausgeprägt, wenn der Täter sich nicht nur über bestehende innere Widerstände hinwegsetzt, sondern sie völlig abbaut, so daß er überhaupt keine Hemmungen mehr besitzt. Anders verhält es sich nur, wenn er die Hemmungen nicht selbst in freiem Willensentschluß beseitigt, sondern wenn er seiner Natur nach labil, nachgiebig und widerstandsfähig ist. In diesem Sinne ist auch das "John-Urteil" des Bundesgerichtshofs ²⁾ zu verstehen: "... Gewisse Milderungsgründe ergeben sich aus der Persönlichkeit des Angeklagten. Dieser ... ist kein starker Charakter und wohl auch kein Mensch von tiefer Gemütsveranlagung. Nicht in jeder Richtung voll ausgereift, nicht in sich gefestigt, hat er keinen klaren Standpunkt, wenn auch in Einzelfragen durchaus bestimmte Meinungen. Lenkbar, weich, anlehnungsbedürftig und abhängig von der Anerkennung anderer wird er bei geschickter Behandlung einer nachdrücklichen Beeinflussung nicht die Festigkeit entgegengesetzt haben, die von einem Mann in seiner Stellung ver-

1) Zumindest wird dies meist zu ihren Gunsten unterstellt, ebenso wie man geneigt ist, bei einer "persönlichkeitsfremden" Tat das Vorliegen außergewöhnlicher Umstände anzunehmen, die den Täter zu der ihm selbst unverständlichen Handlung getrieben haben; vgl. Baumann AT S. 622; Schmidhäuser, Gesinnungsmerkmale, S. 127.

2) BGH HuSt II 146(148).

langt werden muß...".

Aus allen diesen Überlegungen ergibt sich als Fazit, daß eine V i e l z a h l von Komponenten zu beachten ist, um die Strafe im Einzelfall gerecht zumessen zu können. Diesen Anforderungen kann aber eine so starre, unbiegsame und schlagwortartige Formel, wie sie die Adäquanztheorie darstellt, nicht entsprechen, da sie nicht alle für die Strafzumessung entscheidenden Faktoren enthält. Auch aus diesem Grund ist es daher zu begrüßen, daß sich der Entwurf zu einem künftigen Strafgesetzbuch im Gegensatz zu früheren Entwürfen von der Adäquanztheorie distanziert.

S C H L U S S .

Die vorliegende Untersuchung hat sich zum Ziel gesetzt, eine Lösung der wichtigsten umstrittenen Fragen der Strafzumessung vorzubereiten, um damit einen Beitrag zum Allgemeinen Teil der Strafzumessungslehre zu leisten. Es hat sich gezeigt, daß der Entwurf zu einem neuen Strafgesetzbuch manche zweifelhafte Strafzumessungsfrage nicht beantwortet und ihre Klärung ausdrücklich der Rechtsprechung und dem Schrifttum überläßt. Andererseits findet sich unter der Zahl der Punkte, die der Entwurf entscheidet, der eine oder andere, der doch problematischer ist, als er von den Mitgliedern der Großen Strafrechtskommission angesehen wurde.

Der Entwurf geht von einer Antinomie der Strafzwecke aus, die er zugunsten des Sühnegedankens löst. Zwar muß die Strafe in erster Linie gerechte Schuldvergeltung sein, jedoch ist dadurch nicht ausgeschlossen, daß die schuldangemessene Strafe in geringem Umfang durch präventive Erwägungen über- oder unterschritten wird. Soweit der Entwurf dabei die Frage offenläßt, ob die schuldangemessene Strafe einen Punkt oder einen Rahmen darstellt, hat die Untersuchung gezeigt, daß der Gedanke des Spielraums schwerlich aufrecht erhalten werden kann. Schon die Entstehungsgeschichte der Strafzweckbestimmung des Entwurfs spricht gegen eine Auslegung der Vorschrift im Sinne der Rahmentheorie, die auch gewichtigen dogmatischen Bedenken ausgesetzt ist. Außerdem geht sie ihres unbestreitbaren Vorzugs, nämlich der theoretisch sauberen Lösung des Antinomieproblems, dadurch wieder verlustig, daß sie die Grenzen des Schuldrahmens nicht eng zu ziehen vermag. Dann aber bedeutet es mehr Aufrichtigkeit, wenn man von einer punktförmig bestimmten Schuldstrafe ausgeht und es eingesteht, daß sie durch präventive Gesichtspunkte in geringem Umfang über- oder unterschritten werden

kann.

In dem "Vorfeld" der realen Strafzumessungsgründe begegnet man dem Verbot der Doppelverwertung von Tatbestandsmerkmalen, in dem allerdings der Entwurf keine problematische Frage erblickt. Jedoch ist die Diskussion darüber in ein völlig neues, vom Entwurf noch nicht berücksichtigtes Stadium getreten, da man das Verbot der Doppelverwertung nicht mehr auf Tatbestandsmerkmale beschränkt sehen, sondern auf alle strafrahmenbildenden Umstände ausgedehnt wissen will. Abgesehen davon, daß diese Forderung selbst von ihren Anhängern nicht streng eingehalten wird, ist sie aber auch nicht zutreffend. Denn geht man auf den eigentlichen Grund des Doppelverwertungsverbots zurück, der sich in der Unterscheidung von individuellen und generellen Merkmalen auswirkt, so zeigt sich, daß die im konkreten Fall den neuen Strafraumen auslösenden Umstände gerade nicht unterschiedslos auf alle denkbaren Fälle des anderen Strafraumes zutreffen. Von den realen Strafzumessungsgründen, bei denen sich die vorliegende Untersuchung nur mit der Täterkomponente befaßt, hat der Entwurf insbesondere die Frage offengelassen, ob infolge der durch § 60 II geforderten Berücksichtigung des Vorlebens des Täters, seiner persönlichen Verhältnisse, seiner Gesinnung und auch seines Verhaltens nach der Tat eine Erweiterung des Begriffes der Schuld über die reine Tatschuld hinaus eintritt oder nicht. Die Erörterung dieses Problems hat als Ergebnis gebracht, daß zunächst Bedenken gegen die Theorie der Lebensführungsschuld als solche bestehen, daß aber für den Bereich der Strafzumessung überhaupt nicht auf die Lebensführungsschuld zurückgegriffen zu werden braucht, da jene Strafzumessungstatsachen seit jeher nur soweit Beachtung finden, als sie einen Schluß auf das Maß der Tatschuld zulassen. Die Indizkonstruktion gestattet es uns also, die Theorie der Lebensführungsschuld für die Strafzumessung außer Betracht zu lassen. Im Zusammenhang mit der Erforschung der Täterpersönlichkeit ist die Frage entstanden, ob die Kriminologie dabei ein wertvolles Hilfsmittel sein kann. Die Untersuchung der wichtigsten, bisher entwickelten kriminologischen Täter-

typen hat ergeben, daß manche verwertbaren Aspekte vorliegen, daß aber im allgemeinen eine Ausrichtung der Typen an dem geltenden oder nach dem Entwurf bevorstehenden Strafrecht, insbesondere an dem Vorrang des Schuldgedankens, zu vermissen ist.

Im Bereich der logischen Strafzumessungsgründe bekennt sich der Entwurf nicht zu einer starren Bewertung der Strafzumessungstatsachen, sondern erkennt ihren grundsätzlich ambivalenten Charakter an. Soweit er allerdings als selbstverständlich auch davon ausgeht, daß Umstände, die von außen an den Täter herantreten, nicht regelmäßig entlastend, innere Umstände wie Gesinnung und Wille des Täters nicht regelmäßig belastend wirken sollen, stößt die Entscheidung auf teilweise heftigen Widerspruch des Schrifttums. Denn in dem Satz, daß das Motiv entlaste und der Charakter belaste, in den zahlreichen Abwandlungen der M . E . M a y e r - Formel, sowie in der Lehre von der Persönlichkeitsadäquanz der Tat wird seit Jahrzehnten Gegenteiliges vertreten. Jedoch hat eine Analyse der einzelnen Theorien gezeigt, daß sie zu schlagwortartig sind, daß sie teilweise die verschiedene Berechtigung und Stärke der Motive nicht berücksichtigen, daß sie Motive und Charakter in einen unzulässigen Gegensatz bringen oder auch nicht beachten, daß j e d e Handlung der Persönlichkeit des Täters adäquat ist. Im Endergebnis kann daher der Entscheidung des Entwurfs zugestimmt werden, wenn sie auch keineswegs so unbestritten ist, wie man es der amtlichen Begründung entnehmen könnte.

L e b e n s l a u f .

Am 27.9.1937 wurde ich als Sohn des Ingenieurs Max Ehrhardt und seiner Ehefrau Hilde, geb. Mendel, in Nürnberg geboren. Von 1944 bis 1948 besuchte ich die Volksschule und von 1948 bis 1957 das Realgymnasium in Nürnberg, an dem ich 1957 das Abitur ablegte.

Im Wintersemester 1957/58 begann ich mit dem Studium der Rechtswissenschaften an der Universität Erlangen. Nach einem Studium in Erlangen und Berlin legte ich am 23.7.1962 in Erlangen die erste juristische Staatsprüfung ab.

Seit September 1962 befinde ich mich als Rechtsreferendar im bayerischen Vorbereitungsdienst für das zweite juristische Staatsexamen. Außerdem bin ich als Assistent am Institut für Strafrechtswissenschaften der Universität Erlangen - Nürnberg tätig.

Am 27.7.1962 habe ich Frl. Heide Kummerow geheiratet.

Fotodruck

– Wiltrud Hogl, Erlangen, Brüxer Straße 9, (Nähe Röthelheimbad) Telefon 1636 –